

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DES

EFFETS DES DÉCISIONS DE JUSTICE

SUR LA

RECONNAISSANCE ET LA CRÉATION DES DROITS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le mardi 16 juin 1914 à 1 h. 1/2

PAR

Paul ESMEIN

Lauréat de la Faculté de droit de Paris
Avocat à la Cour d'Appel

Président : M. BARTIN, professeur.

Suffragants : { *MM. MASSIGLI, professeur.*
PILLET, professeur.



LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

*22, rue Soufflot, PARIS-5**

Léon TENIN, Directeur

1914

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

**La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses ; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.**

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DES

EFFETS DES DÉCISIONS DE JUSTICE

SUR LA

RECONNAISSANCE ET LA CRÉATION DES DROITS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le mardi 16 juin 1914 à 1 h. 1/2

PAR

Paul ESMEIN

Lauréat de la Faculté de droit de Paris
Avocat à la Cour d'Appel

Président : M. BARTIN, professeur.

Suffragants : { MM. MASSIGLI, professeur.
PILLET, professeur.



LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

22, rue Soufflot, PARIS-5.

Léon TENIN, Directeur

1914

DES
EFFETS DES DÉCISIONS DE JUSTICE
SUR LA
RECONNAISSANCE ET LA CRÉATION DES DROITS

INTRODUCTION

On dit généralement dans la doctrine et la jurisprudence françaises, que les jugements sont *déclaratifs* de droits. On veut dire par là, au sens le plus général, que, lorsqu'un procès s'élève sur le point de savoir si un droit existe ou non, on considère ce droit, une fois vérifiées ses conditions d'existence, comme étant né et ayant pu produire des effets dès le jour où ont été réunis les éléments nécessaires pour que le juge en reconnaisse l'existence, et pas seulement au jour du jugement qui le reconnaît. C'est ainsi que la Cour de Paris a jugé qu'une succession était entrée en communauté bien que le droit de l'époux à succéder n'eût été reconnu que par un jugement postérieur à la dissolution de la communauté (1).

On justifie par le même caractère déclaratif des jugements la règle, d'effet plus restreint, d'après laquelle

¹ 1. Paris, 10 août 1897. D. 98.2.216.

tout se passe, dans une certaine mesure, comme s'il avait été satisfait à la prétention du demandeur dès le jour de l'ouverture du procès, de telle façon qu'il ne souffre pas trop de la longueur de l'instance. Ce qu'on exprime souvent en disant que les jugements rétroagissent au jour de la demande.

Mais on a constaté que certains droits ne naissent, que certains changements de situation juridique ne se produisent que postérieurement au jugement qui reconnaît la demande bien fondée. Et l'on a pensé qu'on pouvait en pareil cas voir dans le jugement l'acte créateur du droit nouveau et de la situation nouvelle.

On l'a cru d'autant mieux que les mêmes jugements dont on avait remarqué la nécessité pour produire un changement de droit et qui sont principalement les jugements de séparation entre époux et les jugements d'interdiction, étaient déjà par ailleurs et sans viser la question de date, qualifiés de jugements *constitutifs* de droits. Il s'agit d'expliquer pourquoi l'état nouveau, la capacité ou l'incapacité nouvelle des époux séparés et de l'interdit sont opposables à tous, et une théorie, imaginée par Merlin, mais qui n'a trouvé que dans le dernier quart du XIX^e siècle son plein succès et son développement, le fait en rattachant ce caractère à une nature particulière de ces jugements, qui seraient actes créateurs de droits en même temps qu'actes juridictionnels, et, par effet du premier caractère, échapperaient à la relativité de la chose jugée.

Enfin, en droit international, ces mêmes jugements sont considérés, par la doctrine et la jurisprudence, contrairement au système général de la jurisprudence française sur l'admission en France des jugements étran-

gers, comme ayant autorité de chose jugée, sans avoir été déclarés exécutoires en France.

Il n'est pas surprenant que, voyant les mêmes jugements, à des points de vue divers, soustraits aux règles ordinaires des jugements, on ait eu l'idée qu'un caractère à eux propre devait expliquer ces solutions exceptionnelles et qu'il fallait chercher la clef de ces dernières dans une différence essentielle entre eux et les autres jugements.

L'idée que certains jugements sont constitutifs de droit n'a pas été utilisée uniquement à propos des jugements qui interviennent lors d'un changement d'état ou de capacité, parmi lesquels on fait rentrer plus ou moins exactement non seulement les jugements de divorce, de séparation de corps, d'interdiction, de nomination de conseil judiciaire, mais aussi les jugements de séparation de biens, de faillite et parfois d'autres encore. C'est à leur occasion que la théorie a été imaginée, mais il y a été fait appel par la doctrine ou la jurisprudence dans des matières différentes, soit pour déterminer la date de naissance d'un droit, soit pour justifier l'existence même de ce droit, non prévu par la loi et qu'on ne peut fonder, semble-t-il, en l'absence d'accord des parties, que sur un pouvoir créateur du juge. Je citerai, du premier type, la théorie doctrinale de la compensation judiciaire, et la théorie jurisprudentielle des jugements condamnant à une indemnité en réparation d'un fait dommageable; du second type : la jurisprudence qui rattache au jugement de validité de saisie arrêt une attribution exclusive de la somme arrêtée au profit du saisissant.

Toutes ces théories et solutions, relatives à l'état et à la

capacité ou à d'autres matières, se rattachent bien à cette idée générale que le jugement est susceptible de jouer un autre rôle que celui qui consiste simplement à dire, entre deux plaideurs, qui a raison et qui a tort : Il jouerait, dans certains cas, un rôle tout à fait analogue à celui qui est tenu par les actes juridiques.

Pour savoir dans quelle mesure cette idée est exacte, il faut étudier une à une les solutions particulières dont j'ai énuméré les principales. Je commencerai par les jugements qui interviennent en vue d'un changement d'état ou de capacité, et, à leur propos, j'examinerai d'abord l'étendue de leur autorité, car c'est là qu'est apparue d'abord l'idée du jugement constitutif.

J'étudierai ensuite ces mêmes jugements au point de la détermination de la date de la situation nouvelle. A certains points de vue elle est considérée comme remontant au jour de la demande en justice. N'est-ce pas contraire à l'idée de jugement constitutif ? Il faudra rechercher d'abord, de façon générale, le caractère des effets de la demande en justice. S'expliquent-ils par un effet rétroactif du jugement ? Alors même que la naissance, à certains points de vue, de la situation nouvelle, dès le jour de la demande, s'expliquerait comme résultant des effets ordinaires de la demande et que ceux-ci ne seraient pas en contradiction avec l'idée de jugement constitutif, il faudra voir si la postériorité au jugement de l'établissement de cette situation nouvelle ne peut se justifier que par un caractère constitutif du jugement.

C'est également ce que je rechercherai dans les autres hypothèses où l'on a fait appel à l'idée de jugement constitutif de droits.

PREMIÈRE PARTIE

LA QUESTION DE L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE

CHAPITRE PREMIER

**Les jugements qui créent une situation nouvelle
ont-ils autorité de chose jugée à l'égard de
tous ?**

Dans la critique très vive à laquelle il soumit la théorie alors classique de l'autorité absolue de la chose jugée avec un *contradicteur légitime* en matière d'état des personnes, Merlin remarqua qu'il est pourtant certaines hypothèses où l'état proclamé par une décision judiciaire, ou en résultant, s'impose à tous. C'est ainsi qu'il releva : les déchéances résultant d'une condamnation criminelle, la perte du bénéfice de l'émancipation à la suite du jugement confirmant une délibération du conseil de famille en ce sens, l'interdiction et la mise sous la surveillance d'un conseil judiciaire, la levée de l'interdiction et de la mise sous la surveillance d'un conseil (1).

1. Répertoire, 5^e édition, v^o *Question d'état*, p. 759. On est surpris de voir figurer ici le retrait du bénéfice d'émancipation, car d'après

« En effet, dit-il, il n'est pas douteux qu'un jugement de cette nature n'ait envers les tiers, en ce qui les concerne, les mêmes effets qu'envers les parties avec lesquelles il a été rendu. » Ceci s'impose : les incapacités, en particulier celles d'un interdit ou d'un pourvu de conseil judiciaire, n'ont de sens que si elles sont opposables aux tiers. Elles sont mêmes destinées à le protéger beaucoup moins à l'égard de ceux avec qui il est en rapports au moment de l'interdiction, qu'à l'égard de ceux avec qui il traitera dans l'avenir : c'est-à-dire de gens qu'il ne peut être question d'appeler ni d'admettre au procès qui amènera l'incapacité.

Mais comment expliquer cette opposabilité à tous, au moment même où il pense pouvoir ruiner la théorie du contradicteur légitime sur laquelle on fondait l'autorité absolue des jugements relatifs à l'état des personnes ?

« Parce qu'un jugement de cette nature change pour l'avenir l'état d'une personne et qu'il en est nécessairement du changement apporté à l'état d'une personne par un acte de la juridiction contentieuse, comme du changement qui y est apporté par un acte de la juridiction volontaire ou par un fait absolument extrajudiciaire. » « Je concevrais très bien le système des docteurs qui attribuent aux jugements rendus en matière d'état le privilège dont il s'agit, si par ces mots ils entendaient

l'article 485 C. civ., l'émancipation est retirée dans les mêmes formes qu'elle est conférée, c'est-à-dire sans jugement. Le juge de paix, d'après l'article 478, pour les mineurs sans père ni mère, déclare l'émancipation accomplie, mais comme président du conseil de famille plutôt que comme juge. Mais ceci corrobore l'idée émise plus loin, que Merlin ne rattachait pas bien nettement l'autorité absolue à un pouvoir particulier du juge.

non les jugements qui ne sont que déclaratifs de l'état des personnes, mais les jugements qui en sont constitutifs, ou, en d'autres termes, si, au lieu d'appliquer ce système à un jugement qui, statuant entre deux parties dont l'une conteste à l'autre l'état qu'elle prétend s'attribuer, décide qu'effectivement tel ou tel n'est point l'état de celle-ci, ils l'appliquaient à un jugement qui, tout en reconnaissant, soit en termes exprès, soit implicitement, que cette personne a été jusqu'à présent dans tel état, la place pour l'avenir dans un état différent. »

Ainsi Merlin établit un rapprochement entre l'autorité absolue de ces jugements et le fait qu'ils amènent un état nouveau et c'est là l'origine de la théorie des jugements constitutifs. Toutefois il n'est pas certain que dans sa pensée l'opposabilité à tous résultât d'un caractère et d'une force particulière possédés par ces jugements. Du rapprochement qu'il fait entre les changements d'état produits par eux et ceux qui résultent d'actes de la juridiction volontaire ou même de faits absolument extrajudiciaires, on peut conclure, au contraire, que l'opposabilité à tous résultait pour lui de la nature même de l'état des personnes et non des actes qui le produisent ou le modifient.

Néanmoins son expression de *jugements constitutifs* a fait fortune, en prenant un sens beaucoup plus précis que celui qu'il lui attribuait. Non pas immédiatement, mais dans la deuxième partie du xix^e siècle, et surtout à l'époque récente. C'est Demolombe qui reprit l'idée de Merlin et, attribuant nettement le changement d'état à un pouvoir créateur tout particulier à ces jugements, expliqua par ce pouvoir créateur leur auto-

rité absolue et donna une formule aujourd'hui généralement répétée : « Il s'agit véritablement d'un acte de puissance publique, d'un acte de tutelle et de haute administration (1). » M. Planiol précise encore : « Il y a une bonne raison pour que le principe de l'autorité relative ne s'applique pas à ces jugements : ils ne sont pas des actes de pure juridiction, destinés à mettre fin à un litige. Le juge ne se borne pas à déclarer la vérité, discutée entre les parties : il crée un état nouveau. Ces jugements sont donc des actes d'autorité, que les magistrats accomplissent en vertu d'un pouvoir spécial, analogue à l'*imperium* des Romains. Ce sont de véritables actes juridiques créateurs de droits, et il faut les les traiter comme tels en leur donnant une autorité absolue. Puisqu'ils confèrent une qualité nouvelle, ils la donnent nécessairement à l'égard de tout le monde, comme pourrait le faire un décret de naturalisation ou un acte d'émancipation. Ce motif montre qu'il n'y a aucune contradiction à admettre à la fois l'application du principe aux jugements déclaratifs rendus en matière d'état et de capacité, et à l'écarter pour les jugements constitutifs de l'état (2). » Et en note il ajoute : « La question ne se pose que pour les jugements qui interviennent après un débat contradictoire et qui par suite ont un caractère contentieux. Il n'y a aucun doute pour les actes dits de *juridiction gracieuse*, comme l'homologation d'une adoption ; ceux-ci ont sans con-

1. Demolombe, t. V, n° 320 ; cf. Griolet. *Autorité de la chose jugée*, p. 140 ; Raymond Bufnoir : De l'autorité de la chose jugée en matière d'état des personnes. *Thèse Paris*, 1893, p. 55 ; Baudry-Lacantinerie et Houques Fourcade. *Des personnes*, t. II, n° 1889 ; Garsonnet. *Traité théorique et pratique de procédure civile*, III³, § 705, note 2, *in fine*.

2. Planiol, I⁸, § 446-449. Cf. § 1086.

teste une autorité absolue, parce que rien n'a été débattu ni jugé. Ce sont des actes d'administration civile, qui n'ont du jugement que la forme. »

Les jugements-types, sur lesquels on raisonne, ne sont plus tout à fait les mêmes que pour Merlin : au lieu des jugements criminels prononçant ou entraînant des incapacités, on cite aujourd'hui, à côté des interdictions et de leurs mainlevées, les jugements de divorce, de séparation de corps et de séparation de biens. D'autres ajoutent le jugement déclaratif de faillite (1), d'autres le jugement d'adoption et celui d'adjudication (2), à l'ordinaire jugements gracieux, faisant ainsi le rapprochement indiqué par M. Planiol et déjà par Merlin. Enfin, comme il est admis généralement que les jugements constitutifs s'imposent à tous, on pourra être tenté, pour justifier l'autorité absolue d'un jugement, qui paraît recommandable en pratique, de chercher à montrer qu'il est créateur d'état nouveau. Ainsi a fait M. Planiol pour les jugements prononçant l'annulation d'un mariage (3).

Deux idées principales se dégagent de ces définitions des jugements constitutifs : C'est, d'une part, leur caractère d'actes de puissance publique, et, de l'autre, leur analogie avec certains actes de juridiction gracieuse : C'est par ces deux idées qu'on justifie leur effet à l'égard de tous. Or je crois l'explication incertaine,

1. Griolet. p. 139. Garsonnet III § 705, note 2, *in fine*. R. Bufnoir, p. 55.

2. Garsonnet, *ibid*.

3. Planiol I, § 1089. Cf. Baudry-Lacantinerie et Houques Fourcade, *Des personnes* II², § 1889. *Contra* Bartin sur Aubry et Rau. VII² § 459, note 2 *quater*.

et la façon même de poser le problème repose sur une confusion.

Dans un système qui admet le procès par défaut et où, par conséquent, le jugement ne puise pas sa force dans un contrat liant l'instance, l'autorité de la chose jugée, même entre les parties, ne peut trouver son fondement que dans l'autorité du juge, dans un pouvoir de rendre des décisions qui s'imposent, pouvoir qu'il tient, bien entendu, de la loi ; et l'on peut tout aussi bien attribuer à un pouvoir de commandement du juge l'autorité de la chose jugée, sous sa forme ordinaire, que l'opposabilité à des tiers du divorce ou de l'interdiction.

On le peut même beaucoup mieux, car le pouvoir de commandement du juge, quels qu'en soient le caractère et la portée, n'existe qu'à l'égard des parties au procès. C'est un principe fondamental que le pouvoir judiciaire ne peut statuer que lorsqu'il est saisi, et seulement à l'égard des demandeurs et défendeurs. La relativité de la chose jugée n'est qu'un des aspects et une des conséquences de ce principe, qui empêche d'admettre un pouvoir de commandement du juge sur des tiers autres que les auxiliaires de la justice et les agents de la force publique.

D'autre part si les actes de juridiction gracieuse ont la même autorité que les jugements « constitutifs », ce doit être, semble-t-il, parce que le juge y exerce un semblable pouvoir de commandement. Les actes de juridiction gracieuse qui se rapprochent le plus de nos jugements « constitutifs » sont les jugements d'homologation, en particulier l'homologation d'adoption (1) :

• 1. Planiol. I. § 446-449, en note.

Or le rôle du juge y consiste à vérifier le bien fondé en droit et en fait (1) de la déclaration d'adoption : Il est analogue à celui du juge dans les procès contentieux ordinaires, consistant à apprécier des actes ou faits au point de vue légal. Et il y a des actes de juridiction gracieuse, dont l'effet est le même, et où le rôle de juge est purement passif, se bornant à enregistrer ce qui est dit devant lui : ainsi l'émancipation.

Enfin, l'idée de pouvoir de commandement du juge, d'acte de puissance publique, est inutile pour expliquer l'opposabilité à tous du changement d'état. En effet, comme l'avait déjà indiqué Merlin, le changement apporté à l'état d'une personne est également opposable à tous lorsqu'il résulte d'un fait extrajudiciaire. L'état de femme mariée s'impose à tous comme celui de femme divorcée ; le rétablissement de la communauté en vertu de l'article 1451 du Code civil, comme sa dissolution par la séparation de biens. Personne ne songera dans ces cas à expliquer par un pouvoir de commandement de l'officier d'état civil ou du notaire l'opposabilité à tous du changement d'état et de capacité. Elle s'explique par la nature même de l'état et de la capacité, qui, réglant la situation et l'activité des individus dans la société, n'auraient pas de sens s'ils n'existaient à l'égard de tous.

Il en est ainsi quelque soit leur origine, qu'il s'agisse de minorité, de rétablissement de la communauté dissoute, d'émancipation, de mariage ou de séparation.

1. Articles 355. C. civ. Le tribunal vérifiera... 1° Si toutes les conditions de la loi sont remplies ; 2° Si la personne qui se propose d'adopter jouit d'une bonne réputation.

Pourquoi donc aller chercher dans un caractère particulier des jugements, que d'ailleurs on aperçoit mal, une explication qui se donne d'elle-même ? Tout ce qu'on peut se demander, c'est à partir de quel moment existe l'état ou la capacité nouvelle et si la date du jugement n'est pas déterminante, à raison de l'importance de cet acte. Enfin des mesures de publicité peuvent être fort utiles. J'aurai plus tard à étudier ces points.

Mais tout n'est pas dit. Ayant rejeté l'idée d'une autorité absolue de la chose jugée présentée comme un principe dominant la matière et tiré de la nature même de ces jugements, je me trouve en présence de jugements ordinaires, d'un caractère même essentiellement contentieux, puisque les jugements d'accord ne sont pas admis en ces matières ; et il va falloir se demander quel est leur effet à l'égard des tiers, en tant que jugements, en tant que solution donnée par le juge à un problème examiné par lui. L'état est opposable à tous en vertu de la nature même de l'état des personnes. Mais le jugement qui déclare bien fondée la demande en changement d'état ne semble pas devoir, *à priori*, s'imposer à tous plus qu'un jugement quelconque, dans un système qui ne donne à la chose jugée qu'une autorité relative.

Or, attribuant d'emblée à ces jugements une autorité absolue et fondant cette autorité sur un pouvoir de commandement, non seulement on a refusé à quiconque le droit de critiquer la solution judiciaire par la tierce opposition ordinaire, mais on a été jusqu'à dénier la tierce opposition extraordinaire, par laquelle on prétend le jugement obtenu par dol et dans des vues

de fraude (1). Tellement ces *actes de puissance publique et de haute administration* dominent de haut les particuliers et leur font la loi !

Il faut bien reconnaître que le droit de critique de la part des tiers est admis contre nos jugements beaucoup moins largement que contre les jugements dans les matières ordinaires, et, d'ailleurs, dans une mesure variable pour chacun d'eux. Mais je crois pouvoir l'expliquer par la nature des intérêts en cause et par les règles ordinaires sur l'autorité de la chose jugée, telles que je les comprends.

Je prends d'abord le divorce et la séparation de corps : Il s'agit ici d'une question tellement personnelle aux époux qu'on conçoit fort bien que personne, même les parents ou les enfants des époux, ne soit admis à intervenir au procès ou à critiquer le jugement une fois rendu (2). Sans doute les tiers peuvent en souffrir dans leurs intérêts, par exemple les créanciers du mari qui comptaient pour être payés sur les revenus des propres de la femme ; mais la séparation de biens est la conséquence nécessaire du divorce et de la séparation de corps. On ne conçoit guère autrement que pour une période provisoire ou à titre de peine pour omission des mesures de publicité prescrites dans l'intérêt des tiers, la persistance de la communauté à l'égard de ceux-ci alors qu'elle est dissoute entre époux.

Il n'est donc pas besoin d'invoquer un caractère d'acte de puissance publique pour expliquer le refus aux tiers du droit de critique. Si la chose jugée entre

1. Tissier. *Sirey*, 99.2.153.

2. Je laisse de côté pour le moment le cas de fraude..

époux ne peut être remise en question, c'est qu'ils sont *contradicteurs légitimes* (1).

1. Le contradicteur légitime qu'ailleurs on a vainement cherché, saute ici aux yeux. On peut s'étonner que Merlin qui a introduit l'idée de jugement constitutif au cours d'une critique de la théorie du légitime contradicteur, n'ait pas vu que celle-ci s'adaptait fort bien à ses jugements « constitutifs ». Il est vrai que parmi ces derniers il ne plaçait pas les jugements de séparation et de divorce où la chose est la plus frappante. Je crois que cette idée mérite d'être réintroduite dans la théorie de l'autorité de la chose jugée et qu'elle peut servir, non pas seulement dans la matière de l'état et de la capacité des personnes, mais de façon très générale, pour déterminer à qui le jugement est opposable. Je dois, pour le faire comprendre, exposer et critiquer la théorie traditionnelle de l'autorité de la chose jugée quant aux personnes à qui elle s'impose : Quelle qu'ait été originairement à Rome, sous la royauté le caractère et l'étendue de l'autorité de la chose jugée (V. A. Esmein, *Mélanges Gérardin*, p. 230, particulièrement p. 246 et suiv. Il pense qu'elle a dû être absolue), le caractère relatif qu'on lui reconnaissait à l'époque classique était en liaison frappante avec la nature contractuelle attribuée à la *litis contestatio* soit qu'on rattache ce fait au caractère arbitral que semblent avoir eu les plus anciens jugements, soit qu'on y voie une construction juridique des jurisconsultes classiques, rapprochant la *litis contestatio* de la novation pour en expliquer l'effet extinctif (V. Collinet. *La nature originelle de la litis contestatio. Nouvelle Revue historique de dr. fr. et étranger*, 1902, p. 529. A. Esmein, *loc. cit.*, p. 249). Dans ces conditions, la solution donnée par le juge ne pouvait s'imposer qu'aux personnes entre qui l'instance s'était liée, exactement comme un contrat ne lie que les parties. Dans les deux cas, l'extension de l'engagement au profit ou à la charge d'autres personnes ne peut avoir lieu qu'en vertu des règles sur la transmission et la succession aux obligations, ou des règles sur la représentation. Telle est la théorie que nous avons empruntée aux Romains et qu'on ne discute pas, bien que sa base manque aujourd'hui, l'autorité du jugement ne pouvant, dans un système qui admet le jugement par défaut, puiser sa force dans un contrat liant l'instance. Lorsqu'on veut justifier l'impossibilité pour une personne de remettre en question une difficulté jugée avec une autre, on dit qu'elle a été *représentée* par celle-ci. Le mot *représenter*, désignant les différentes situations indiquées

L'inadmissibilité des tiers à critiquer le bien fondé des jugements de divorce et de séparation de corps est établie sur des raisons si fortes et si évidentes qu'on ne trouve pas d'arrêts ayant eu à statuer directement sur la question. Un arrêt de la Chambre civile du

plus haut, est par là même déjà assez vague. Mais il y a plus : on en est venu à l'employer dans des cas où il n'y a rien sur quoi l'on puisse fonder l'idée de représentation. On peut encore parler de représentation d'un successeur à titre universel ou même particulier par son auteur, voulant dire par là qu'il acquiert le droit tel qu'il existait en la personne de l'auteur et tel qu'il avait été déclaré en justice avec lui ; on peut pour les codébiteurs solidaires parler d'un mandat tacite sans trop d'in vraisemblance et sans établir à proprement parler une fiction ; mais on ne peut parler d'un mandat tacite donné par des créanciers à leur débiteur de les représenter dans les instances relatives à ses biens : si leurs intérêts sont théoriquement les mêmes, en fait ils ont souvent fort à craindre et l'on ne peut sans autre justification imposer au créancier la charge de prouver la fraude ; dire que les créanciers chirographaires subissent les diminutions de la fortune du débiteur ne suffit pas : c'est supposer le problème résolu ; et en tout cas il y a les créanciers hypothécaires auxquels ceci ne s'applique pas et à qui la jurisprudence déclare la chose jugée opposable. Enfin on ne peut les considérer comme devant respecter le jugement en qualité de successeurs, car, même les créanciers chirographaires, bien que n'ayant qu'un droit de gage général, l'ont, par hypothèse, acquis antérieurement au jugement : et il est admis que les jugements rendus avec l'aliénateur postérieurement à l'acquisition ne sont pas opposables à l'acquéreur (Cass., 18 mai 1810 ; 14 juin 1815 ; 19 août 1818 ; 11 mars 1834 : P. chr.). Pourtant il est fort raisonnable d'admettre, pour éviter le renouvellement des mêmes procès, que la chose jugée avec la personne la plus intéressée et la mieux en situation de plaider, ne puisse plus être remise en question ; la théorie ancienne du contradictoire légitime a été critiquée à cause de la difficulté de trouver ce contradictoire dans les questions de filiation. Mais quand il s'impose, comme en matière de divorce ou de séparation, il faut bien le reconnaître. Et il me semble qu'il s'impose aussi dans l'hypothèse présente : le débiteur est seul en état, à l'exclusion de ses créanciers, de soutenir un procès sur l'existence de la dette. Et ceci s'applique aussi bien aux créanciers hypothécaires pour le procès sur la pro-

7 novembre 1838 (P. 38.2.426; S. 38.1.865; D. 38.1.193) y répond implicitement : Un divorce avait été obtenu par simulation et d'accord afin de permettre un deuxième mariage. Les enfants du premier lit, souffrant préjudice des avantages matrimoniaux faits par leur père

priété du bien hypothéqué : c'est le débiteur qui détient les titres, qui connaît dans quelles conditions il a pris possession ; on sait que la jurisprudence, après des hésitations, est aujourd'hui en ce sens (Cass. civ., 13 déc. 1864. S. 65.1.27. P. 65.41; Cass. req., 15 juillet 1869. S. 69.1.456. P. 69.1195 (motifs); Cass., 30 mars 1875. P. 75.839. S. 75.1.341 (privilège du bailleur). Quant aux variations antérieures, voir la note sous Cass., 6 décembre 1859. P. 61.413, S. 60.1.9 et Griollet-Autorité de la chose jugée, p. 161). La question, telle qu'on la pose d'ordinaire est insoluble : on se demande si le créancier hypothécaire a un droit dépendant ou non du propriétaire. Or il est à la fois dépendant du droit du propriétaire, en ce sens que l'hypothèque n'existe en principe que si le constituant était propriétaire ; et indépendant du propriétaire, en ce sens qu'il ne peut par son fait détruire le droit d'hypothèque. Mais la question de chose jugée est toute différente et doit être envisagée comme une question d'autorité de chose jugée : pris entre deux besoins également pressants : éviter le renouvellement des mêmes procès et ne condamner ou priver de son droit d'action personne sans l'avoir entendu, on doit se demander si lors du premier procès, le juge a entendu les personnes le mieux en situation de plaider, de telle sorte qu'il faille le considérer comme ayant eu entre les mains tous les éléments de décision qu'il soit possible de se procurer et ayant connu tous les arguments sérieux qu'il soit possible de faire valoir. Mais il faut aussi pour que celui qui prétend renouveler le procès soit repoussé, que le premier plaideur ait eu dans l'affaire un intérêt égal au sien. Ceci explique pourquoi les créanciers sont admis à critiquer les jugements rendus avec le débiteur sur l'existence d'un privilège ou d'une hypothèque ou sur la validité d'une inscription, desquels résultent au profit d'un autre créancier un droit préférable aux leurs (Cass., 20 juin 1854. P. 56.2.434. S. 54.1.61; 16 novembre 1874. P. 75.140). On peut penser que le débiteur, lorsqu'il s'agit de savoir si c'est tel ou tel créancier qui sera payé ne discutera pas avec autant d'énergie les droits de l'un d'eux que ne le ferait un créancier concurrent. Je ne parle pas des cas où il s'agit pour le créancier de faire valoir des droits nés en sa personne et non transmis par

en faveur de sa deuxième femme, demandaient l'annulation du divorce, comme simulé, pour en faire résulter la nullité du nouveau mariage. Avec raison ils furent repoussés, car, si, comme je le soutiendrai, un tiers peut méconnaître et attaquer un divorce obtenu par simu-

le débiteur, comme quand le créancier hypothécaire prétend à un droit né de sa bonne foi, malgré l'absence de droit de propriété chez le débiteur constituant (Cass., 9 décembre 1835. P. chr., S. 36.1.177 ; Cass., 25 octobre 1893. S. 94.1.228) ; je laisse aussi de côté les cas où le débiteur n'avait aucun intérêt à discuter la question et ceux où en fait il ne l'a pas discutée (Orléans, 9 juin 1874. P. 74.1274. S. 74.2.302 ; Cass., 31 juillet 1895. S. 99.1.335). Mais, même lorsqu'il s'est défendu, on admet les autres créanciers à tout remettre en question, en particulier lors d'une distribution par contribution ou d'un ordre (Cass., 2 juillet 1879. S. 80.1.311. P. 80.743 ; Cass., 1^{re} août 1865. S. 65.1.407. P. 65.1065). On remarquera comment la jurisprudence de la Cour de cassation, bien fixée au commencement du xix^e siècle sur l'impossibilité pour les créanciers hypothécaires de remettre en question la chose jugée avec leur débiteur quant à la propriété de l'immeuble grevé, est devenue hésitante aux environs de 1850 (Cass., 28 août 1849. P. 50.1.540) : C'est que dans tous les cas que je viens d'indiquer et où elle n'admettait pas qu'il y eût chose jugée contre les créanciers, elle disait que ceux-ci avaient un *droit personnel* ou des *moyens personnels* à faire valoir : or la doctrine prétendait justement que les créanciers hypothécaires ont un *droit personnel*. Je ne puis ici épuiser la question, fort délicate dans ses détails, et en partie question de fait, de la situation des créanciers par rapport au jugement rendu avec leur débiteur. Pareillement, si l'acquéreur n'est pas représenté, par son vendeur dans les jugements postérieurs à la vente et portant sur propriété ou sur l'existence d'une charge réelle (Cass., 11 mars 1834, P. chr., S. 34.1.345 ; et alors même que la vente aurait eu lieu au cours de l'instance, et même après un jugement, mais frappé d'appel : Cass., 25 mars 1828. P. chr. S. 28.1.302), ce n'est pas, ou, du moins, pas uniquement, parce que l'acquéreur est mieux en état de plaider — c'est le contraire qui est vrai à l'ordinaire, comme il résulte de la possibilité de sa mise hors de cause dans la garantie formelle — mais parce que, malgré l'obligation de garantie d'éviction, c'est l'acquéreur qui est le principal intéressé à l'affaire. Cette idée de l'autorité absolue de la chose jugée avec celui qui est à la fois le mieux en

lation, encore faut-il qu'il y ait eu intention frauduleuse de porter préjudice. Or dans l'espèce la simulation n'avait pas eu pour but de frustrer les enfants du premier lit, et on imagine difficilement un divorce et remariage dans ce seul but. Les enfants, protégés par

situation de plaider (qui a été partie à l'acte, détient les titres, a pris possession, etc.) et le principal intéressé fournit sinon des solutions toutes faites, du moins une base de discussion pour les problèmes suivants, assez rares en pratique, qu'on discute à propos de l'étendue de l'autorité de la chose jugée : Je pense que la chose jugée sur la propriété avec le propriétaire est opposable à l'usufruitier, sauf quand celui-ci donne à son droit une origine différente de celle que le propriétaire attribue au sien ; que la chose jugée avec le légataire universel ou l'héritier relativement aux droits qui composent la succession, est opposable aux légataires particuliers (V. Nîmes, 18 février 1807 dans certains de ses motifs) ; que la chose jugée avec le débiteur principal l'est avec la caution, sauf à celle-ci à plaider l'extinction ou la nullité de son propre engagement ; quant à la situation respective du propriétaire sous condition suspensive et de celui sous condition résolutoire, la question est fort compliquée par les discussions sur l'effet rétroactif de la résolution et par les rapports d'obligation qui peuvent exister entre eux-deux : en principe c'est le propriétaire actuel qui est en droit de plaider. Il n'en est pas tout à fait de même lorsqu'il y a plusieurs personnes également en situation et également intéressées à bien plaider : copropriétaires, cohéritiers, colégataires tous au même titre, créanciers ou débiteurs solidaires. On hésite à faire subir aux autres un insuccès qui peut être attribué à une mauvaise défense ; si la jurisprudence de la Cour de cassation à partir de 1873, décide que la chose jugée contre un débiteur solidaire, l'est aussi contre les autres (Cass., 15 janvier 1873, S. 93.1.83, en sous note ; 28 décembre 1881, S. 83.1.465 ; 1^{er} décembre 1885, S. 86.1.124), cette solution paraît se rattacher à la théorie du mandat réciproque entre codébiteurs solidaires : si ces arrêts qualifient celui d'entre eux qui a été en cause de *contradicteur légitime*, il ne faut pas y attacher trop grande importance. Toutefois c'est aller trop loin, il me semble que d'étendre un mandat, fort plausible et en accord avec le but de la solidarité, en ce qui concerne l'efficacité à l'égard de tous de la poursuite contre un seul, pour la conservation du droit, jusqu'à la remise à chacun

l'article 1098 du Code civil, qui marque la limite de leurs droits et les défend dans la mesure jugée nécessaire, se trouvent alors dans la situation de n'importe quels tiers, et ne peuvent critiquer le divorce obtenu. La Cour, comme argument, invoquait l'autorité de la chose jugée, mais seulement pour dire que le jugement avait été régulièrement prononcé quant à la forme, et ajoutait : « L'état des personnes ne saurait rester incertain sans qu'il en résultât un trouble dans la famille et une perturbation dans l'ordre social. » C'est l'argument pratique qu'ont toujours donné ceux qui ont voulu attribuer autorité absolue aux jugements rendus en matière d'état des personnes, sans d'ailleurs distinguer s'ils amenaient ou non une situation nouvelle.

Dans l'*interdiction* et la *nomination du conseil judiciaire*, et les jugements de mainlevée correspondants, il y a aussi un contradicteur nécessaire et que nul ne peut remplacer : c'est l'individu à interdire ou interdit (1). Mais personne n'est aussi clairement désigné

du pouvoir de plaider pour tous et au détriment de tous, sur l'existence même du droit. — S'agit-il maintenant de savoir si celui qui a perdu son procès pourra le renouveler contre un autre adversaire, je crois qu'il faut répondre : non, et sans distinguer entre les deux séries de cas indiquées plus haut. Mais ce n'est pas, comme dans une opinion bien connue, par une distinction qui admet la représentation pour conserver ou augmenter les droits, mais non pour les compromettre : c'est parce que le perdant, qui ne peut dénier son caractère de légitime contradicteur dans ses propres procès, doit être considéré comme ayant défendu ses droits aussi bien qu'il lui était possible, et il n'y a pas de raison pour l'admettre à recommencer. Sauf bien entendu, comme toujours, à voir en fait s'il s'agit bien de débattre la même question déjà débattue.

1. Garsonnet. *Traité*, VI^e, p. 239. Pour la mainlevée, on admet que les personnes qui ont le droit de provoquer l'interdiction peuvent la demander (*ibid.*, p. 270). Mais la présence de l'interdit est toujours

pour faire l'autre partie au procès. Et, de fait, de nombreuses personnes sont admises à provoquer l'interdiction. La procédure est même considérée en quelque sorte comme collectivement conduite par les membres du conseil de famille convoqué pour donner son avis, puisqu'ils peuvent individuellement appeler du jugement qui rejette la demande en interdiction (894 Code proc.) (1). Il est certain que l'interdiction est valablement prononcée quelque soit le parent qui l'a provoquée, pourvu qu'il soit au degré successible (2). Mais les autres, qui auraient pu également la provoquer, sont-ils admis à intervenir ou à faire tierce opposition au jugement ?

Des arrêts ont admis la tierce opposition de la femme commune en biens et de l'héritier présomptif, au jugement donnant mainlevée de l'interdiction (3). Un arrêt de la Chambre civile (4) a reçu le mari tiers opposant à l'interdiction prononcée contre sa femme, par le motif, il est vrai que la femme avait défendu sans autorisation et que l'article 215 a un caractère général. Mais à mon avis une femme pourrait aussi bien faire tierce opposition à l'interdiction prononcée contre son mari.

Sans examiner ici la question dans les détails, je crois en effet que certaines personnes, les plus proches

nécessaire au procès, quoiqu'il ne puisse être considéré comme défendeur à la mainlevée demandée par un autre pour lui.

1. On a exprimé ceci en disant que, « depuis leur convocation l'instance leur est devenue commune ». Garsonnet, *ibid.*, p. 259, note 19.

2. Garsonnet. *Ibid.*, p. 234.

3. Rennes, 25 juin 1851. P. 51.2.217 ; Amiens, 30 janvier 1866, en sous-note : S. 99.2.153.

4. Cass., 9 janvier 1822. P. chr. D.A. v^o *Interdiction*, n^o 56.

du principal intéressé, comme son époux et ses enfants, peut-être aussi l'héritier présomptif même lorsqu'il n'est pas aussi proche et en ce qui concerne le jugement de mainlevée d'interdiction, tiennent de leur proche parenté en intérêt un droit particulier. Ce ne sont pas des contradicteurs nécessaires, mais ils ont un droit de critique si on a procédé sans eux et à leur insu.

Au contraire on ne recevra ni intervenants ni tiers opposants des parents plus éloignés, même assez proches pour provoquer l'interdiction (1), ni des tiers invoquant un simple intérêt pécuniaire à ce que l'interdiction ne soit pas prononcée : ainsi des créanciers ou donataires antérieurs (2) (en laissant de côté pour le moment la question délicate de savoir dans quelle mesure le jugement d'interdiction peut faciliter l'annulation des actes antérieurs (3). Pour les premiers, ceci résulte de ce que, sauf les exceptions que j'ai cru devoir faire, ils n'ont pas un intérêt suffisant pour être admis à remettre en question ce qui a été jugé avec le principal intéressé, l'individu à interdire ou interdit. On admet pourtant de façon générale que le rejet de la demande d'interdiction introduite par un parent n'em-

1. Cf. Garsonnet, *loc. cit.*, p. 240.

2. Riom, 9 janvier 1808. P. chr.; Poitiers, 1^{er} février 1842, S. 43.2.394. P. 42.1.749; Grenoble, 9 décembre 1847. P. 48.2.102; Rouen, 5 décembre 1853, S. 55.2.561. P. 55.1.615; Bruxelles, 13 janvier 1881, P. 81.2.52. S. 81.4.31; Alger, 5 mai 1897, S. 99.2.153; Cass. req., 10 novembre 1902. S. 03.1.80. — *Contra* Bordeaux, 2 avril 1833. P. chr.

3. Si, comme le disent les cours de Grenoble et d'Alger dans les arrêts cités à la note précédente, le jugement d'interdiction ne peut leur préjudicier, parce qu'il faut un nouveau jugement pour annuler les actes antérieurs, le refus de la tierce opposition s'explique tout simplement par défaut d'intérêt. Mais ce n'est pas entièrement exact. Voir ci-dessous, p. .

pêche pas une nouvelle demande de la part d'un autre : mais ceci me paraît peu raisonnable au sortir d'une procédure qui comporte un sérieux examen par le tribunal de l'état du défendeur. Quant à l'exclusion des tiers à intérêt purement pécuniaire, elle résulte de la comparaison des intérêts en cause : il s'agit de protéger, dans l'avenir surtout, un individu et une famille, de discuter la nécessité de cette protection. Comment admettrait-on à critiquer le jugement des tiers à qui la protection future importe peu, qui pourraient même être suspects de partialité craignant, par hypothèse, l'annulation d'actes passés par eux. De même qu'au cas de divorce ou de séparation de corps, il s'agit d'une affaire essentiellement interne à la famille. Celle-ci paraît, sauf les remarques faites plus haut concernant certains parents, suffisamment représentée par ceux qui composent le conseil de famille. D'ailleurs quant aux tiers à intérêt purement pécuniaire, quelque soit le rôle du jugement d'interdiction dans l'annulation des actes antérieurs, il est certain qu'il faut pour cette annulation un débat distinct auquel les intéressés seront appelés.

Pour les gens qui traitent avec l'interdit postérieurement à l'interdiction, n'ayant eu au moment du débat aucun intérêt à faire valoir, on conçoit encore moins qu'ils puissent critiquer la décision et l'on hésite à parler en ce qui les concerne, d'autorité de chose jugée qui suppose la possibilité d'un débat. C'est pourquoi j'ai pu présenter, dès le début, l'incapacité de l'interdit comme opposable aux tiers dans les mêmes conditions que celle du mineur ou de la femme mariée, fondée sur une situation acquise qui s'impose à eux (1).

1. V. Cass. 27 avril 1842. S. 42.1.719 : Les tiers qui ont traité avec

De la *séparation de biens*, comme du divorce, les tiers, les créanciers du mari, souffriront préjudice ; mais ceci résulte nécessairement et légalement de la séparation de biens, instituée pour protéger la femme contre les dilapidations et la mauvaise administration du mari. Lors donc que le péril de la dot est réel, les créanciers n'ont rien à objecter. Quant à la chose jugée, elle leur est opposable comme à tous créanciers, la chose jugée avec leur débiteur (1).

Seulement les séparations de biens ont depuis longtemps fort mauvaise réputation, servant parfois à mettre en sûreté sous le nom de la femme les biens de la communauté ou du mari grevés de dettes, ou du moins permettant à la femme, si elle agit rapidement, de se payer de ses reprises avant les créanciers et sans concourir avec eux. C'est pour y parer que nos Codes ont réglementé la procédure de séparation de biens. On proposa même, lors des travaux préparatoires, d'obliger la femme à assigner individuellement les créanciers du mari à l'instance en séparation (3). Mais ce système ne fut pas adopté, comme alourdissant trop la procédure, et on prit un moyen terme en prescrivant la publication de la demande (866, C. proc.) et en décidant qu'aucun jugement ne pourrait être prononcé avant l'expiration du délai d'un mois (869). Cette publication

uninterdit ne peuvent se prévaloir pour faire maintenir le traité, des vices de forme dont aurait été entachée l'interdiction, lorsque d'ailleurs elle a été légalement publiée.

1. Les décisions qui, sur tierce opposition des créanciers, annulent des séparations de biens sans alléguer une fraude des époux, sont cassées. Cass. 2 février 1870. S. 70.1.191 ; 14 mai 1879. S. 79.1.293.

2. Locré, *Législation civile... de la France*, XIII, p. 199.

constitue une sorte d'assignation des créanciers : ceux qui jugeront utile d'intervenir pourront le faire. Sur cette intervention, ils pourront non seulement dénoncer une fraude, mais contester le bien fondé de la demande, le péril de la dot, purement et simplement. On reconnaît d'ailleurs de façon générale, en toutes matières, ce droit d'intervention des créanciers (1) qui ne pourraient, une fois le jugement rendu, y faire tierce opposition qu'en alléguant une fraude ; mais elle a ici une importance particulière : L'appel des créanciers par la publication de la demande, indique qu'ils sont presque normalement parties au procès.

C'est qu'en effet il ne s'agit pas comme en matière de divorce de purs rapports de famille, ni comme en matière d'interdiction et de dation de conseil judiciaire, d'intérêt d'avenir surtout, uniquement d'avenir au cas de dation de conseil. Il s'agit de questions pécuniaires actuelles : c'est, d'ordinaire une perte à répartir entre la femme et les créanciers du mari. On peut même dire que le mari disparaît entre les deux, car il est lié, de façon certaine envers les deux autres intéressés : il s'agit seulement de savoir lequel sera payé. Pareil conflit ne se présente d'ailleurs pas toujours, mais seulement quand la femme s'y est prise trop tard, lorsque son mari est ruiné ou en voie de l'être.

Il est donc clair que la *terce opposition extraordinaire*, en cas de fraude, est admise contre le jugement de séparation de biens ; elle est mentionnée expressément par l'article 873 du Code de procédure et indiquée par l'article 1447 du Code civil. Mais l'est-

1. Glisson et Tissier. *Précis de procédure civile*, t. I. p. 936.

elle contre les jugements de divorce, de séparation de corps et d'interdiction ? J'ai déjà dit qu'on avait soutenu le contraire en se fondant sur le caractère constitutif de ces jugements (1), et leur nature d'actes de puissance publique.

J'ai montré que si, de façon générale, on refusait la tierce opposition ordinaire, ceci pouvait s'expliquer, par les principes relatifs à l'autorité de la chose jugée, tels que je les ai exposés. Comme d'autre part je n'ai pas trouvé à nos jugements un caractère particulièrement marqué d'actes de puissance publique, la question de la tierce opposition extraordinaire se pose ainsi : L'intervention de la justice et l'examen des faits par elle sont-ils une garantie suffisante contre la fraude ? Puisque ce sont les mêmes juges qui jugent tous les procès et qu'ailleurs la tierce opposition pour fraude est admise, la réponse sera négative. D'ailleurs il ne s'agit plus exclusivement d'intérêts moraux ou de famille, puisqu'en alléguant la fraude on prétend que le divorce ou l'interdiction ont été utilisés dans un but pécuniaire et pour nuire à des tiers. Il n'y a pas non plus de perturbation sociale résultant de l'incertitude de l'état et de la capacité, puisque la tierce opposition ne fait tomber le jugement que par rapport au tiers

1. Tissier. S. 1899.2.153. C'est, dit-il, impliqué par les mesures de publicité prescrites en ces matières. On fait ici la confusion que j'ai signalée entre l'opposabilité de l'état à tous et l'autorité de la chose jugée. Les mesures de publicité, comme je le montrerai plus tard, ont pour but lorsqu'elles annoncent le changement d'état ou de capacité accomplis, d'avertir les tiers pour l'avenir ; elles ne peuvent le rendre opposable à ceux qui ont acquis des droits antérieurement et qui souffrent préjudice, s'il ne leur est pas déjà opposable en vertu des principes du droit.

opposant et seulement en vue de l'intérêt pécuniaire qu'il fait valoir.

La jurisprudence paraît bien dans ce sens. Les arrêts qui refusent la tierce opposition contre un jugement d'interdiction, réservent fréquemment le cas de fraude (1). On ne peut arguer en sens contraire des décisions qui ont rejeté la tierce opposition ordinaire sans réserver le cas de fraude (2), car cette réserve serait dans de pareilles espèces absolument inutile.

La jurisprudence est imprécise sur la question de savoir si le divorce obtenu en fraude des droits des tiers doit être attaqué par tierce opposition ou par action en nullité principale. C'est qu'en effet le divorce n'est pas réalisé par le seul jugement : Il faut en outre la transcription, autrefois la prononciation par l'officier d'état civil ; il y a aussi des décisions portant sur des divorces par consentement mutuel, où le jugement était de pure homologation (art. 289, 290 C. civ.). En tous cas il résulte de l'arrêt de cassation du 5 janvier 1830 (P. chr.) (3), que les créanciers peuvent, en prouvant la fraude, faire déclarer le divorce non venu à leur égard. La Cour d'Agen (4) déclarant, en vertu de la loi du 26 germinal an XI, inattaquable par les époux et à plus forte raison par les tiers, un divorce antérieur à cette loi, réserve le cas de fraude dirigée contre les créanciers.

1. Poitiers, 1^{er} février 1842 ; Alger, 5 mai 1897 ; Cass. req., 10 novembre 1902, précités.

2. Rouen, 5 décembre 1853. P., 55.1.615 ; trib. Lyon, 23 juillet 1888, *Gaz. Trib.* 11 août 1888 (intervention).

3. Cf. Trib. Béziers. 1^{er} mars 1901. *Journal des notaires*, art. 27639.

4. 20 avril 1808. P. chr.

J'ajouterai quelques mots des autres jugements pour lesquels on a parlé d'une autorité absolue fondée sur un caractère constitutif.

Le caractère de la *faillite*, procédure d'exécution collective et générale sous le double rapport des créanciers et des biens, entraîne son existence à l'égard de tous ; et, comme la faillite est aujourd'hui déclarée ouverte par un jugement, on dit que ce jugement agit *erga omnes*.

Mais les intéressés sont nombreux, et le débat ne porte pas sur des intérêts moraux ou de famille. Créanciers qui ont foi dans leur débiteur, acheteurs et créanciers récents qui craignent d'être pris dans la période suspecte, ont un légitime intérêt à critiquer le bien fondé du jugement déclaratif. Toutefois on ne peut les appeler tous au procès par assignation, car il faut aller vite ; on ne peut davantage laisser remettre en question indéfiniment par la tierce opposition ordinaire la liquidation et répartition qui vont s'opérer.

On a donc établi un système qui présente une curieuse analogie avec celui de la séparation de biens. Par une publication du jugement déclaratif (art. 580 C. com.), on appelle les intéressés à attaquer le jugement, comme on les appelle à intervenir à la séparation de biens. Cette publication constitue une manière d'assignation, et permet de réduire à un court délai cette possibilité d'un recours qualifié d'opposition (1). (C'est tout de même que les publications de la demande et du jugement de séparation de biens ont justifié la réduction du délai de tierce opposition. 873 C. proc.).

1. V. Thaller et Percerou. *Des faillites et banqueroutes*, t. I, p. 376.

Nous sommes donc loin d'une chose jugée opposable à tous. Comme pour tous les changements d'état et de capacité, il faut faire une distinction : l'état de faillite est, une fois réalisé par le jugement déclaratif, opposable à tous ceux qui, dans l'avenir, traiteront avec le failli : on conçoit qu'ils prétendent avoir ignoré la situation, mais non qu'ils critiquent le bien fondé de son établissement, car ils n'avaient à ce moment aucun intérêt à faire valoir. Au contraire ceux qui ont traité avec le failli antérieurement au jugement déclaratif et qui souffrent préjudice de la mise en faillite ont un intérêt, égal même à celui du poursuivant, mais différent du sien, et doivent être admis à critiquer le jugement. Et si le jugement est opposable à tous, c'est parce que tous ont été appelés à le contester.

Merlin, je l'ai dit, avait songé tout d'abord, pour illustrer sa théorie, aux *incapacités et déchéances résultant de jugements criminels*.

Ces incapacités sont opposables aux tiers dans les mêmes conditions que toutes incapacités, en ce qui concerne les actes passés postérieurement à la naissance de l'incapacité. Quant à l'autorité de la chose jugée, il faut ici encore l'examiner à part. On pourrait être particulièrement tenté de voir ici des actes de puissance publique, car la répression des infractions est bien office de puissance publique. Mais c'est aussi un principe fondamental que nul ne peut être condamné sans avoir été entendu, et ici encore l'emploi des formes judiciaires et l'existence d'un débat contentieux ouvre la question de l'autorité de la chose jugée.

Il ne s'agit pas ici de l'autorité au civil de la chose jugée au criminel, ce qui est la question des rapports des

deux ordres de juridictions et de leurs domaines respectifs, si bien qu'elle se résoud sans considération de la qualité de parties ou de tiers au procès (1), mais de l'autorité de la chose jugée au criminel à l'égard de ceux qui n'ont pas été parties au procès. Or l'idée de contradicteur légitime qui pour les causes civiles donne un moyen d'éviter le renouvellement des mêmes procès entre parties différentes, se présente ici d'elle-même pour donner aux jugements criminels une autorité absolue : le prévenu et le ministère public sont tous deux contradicteurs nécessaires ; personne ne peut les remplacer, ni, comme on dit, les représenter.

Ce n'est pas, peut-être, qu'il faille dénier, en règle absolue, tout recours aux tiers contre les jugements criminels. Sans doute, d'une part, la peine, leur objet essentiel, ne peut être prononcée que contre une partie, et c'est ce qu'a eu en vue la Cour de cassation en refusant la tierce opposition contre des décisions pénales parce que « les condamnations sont personnelles aux prévenus qui les ont encourues (2) » ; d'autre part, sur les points où la décision du juge criminel ne lie pas le juge civil, les tiers sont dans la même situation qu'en présence d'un jugement civil ; enfin, dans le cas qui m'occupe actuellement, les incapacités résultant de décisions pénales, la capacité restant entière pour le passé, les tiers ne peuvent voir mettre en question la validité de leurs droits, mais seulement souffrir indirectement de la condamnation : ainsi des créanciers qui comptaient pour se payer sur les gains futurs de leur débiteur : or le

1. V. Garsonnet. *Traité*, III², p. 475.

2. Cass. crim., 19 février 1835. P. chr. ; Cass. crim., 3 juin 1808, P. chr.

voici interdit légal. Ce n'est là que le fait normal qu'on souffre de vicissitudes de fortune de son débiteur.

Néanmoins, comme le fait observer Merlin (1), il se peut qu'un jugement criminel porte atteinte à l'honneur d'un tiers, et en pareil cas il y a lieu d'admettre la tierce opposition, mais seulement dans la mesure où l'honneur du tiers est en question. On peut dire qu'il a été, en quelque sorte, *condamné sans être entendu*, et la seule façon de faire disparaître cette condamnation est d'ouvrir la voie de tierce opposition.

Il faut dire des déchéances prononcées par les tribunaux civils, comme la déchéance de la puissance paternelle, la même chose que des déchéances prononcées par les juridictions criminelles ou résultant de leurs décisions. Lorsque l'action est intentée non par le ministère public, mais par un des parents (loi 24 juillet 1889, art. 3), la question se présente comme au cas d'interdiction.

Restent enfin les *actes de juridiction gracieuse*, dont presque tous les auteurs ont parlé à propos de la théorie des jugements constitutifs. On a songé en particulier au jugement et à l'arrêt d'adoption, car là aussi il s'agit d'un changement d'état et une décision de justice est également nécessaire pour l'opérer. En ce sens on peut être tenté d'attribuer à cette décision le changement d'état. Pourtant tout le monde reconnaît que le rôle créateur appartient ici à l'accord des parties intéressées et que la justice n'intervient que pour contrôle (2). Quant à l'opposabilité à tous de

1. Rép. v° tierce opposition § I, n° 4.

2. Ceci se manifeste dans la solution aujourd'hui donnée généralement à la question de savoir comment il faut attaquer une adoption

l'état nouveau, il s'explique ici encore par le caractère même de l'état des personnes.

Au point de vue de l'autorité de la décision judiciaire elle-même, et en envisageant maintenant les actes de juridiction gracieuse de façon générale, ils ne sont nullement inattaquables aux personnes à qui ils préjudicient : Sans doute on discute très vivement sur la voie qu'elles doivent prendre, opposition, tierce opposition, action en nullité principale, discussion devant la juridiction saisie du fond, lorsqu'il s'agissait d'une mesure provisoire, mais on est d'accord pour leur reconnaître le droit de faire, par un moyen ou par un autre, trancher la question contradictoirement (1).

Et pourtant c'est ici qu'on trouve, parmi toutes les décisions émanant de magistrats de l'ordre judiciaire, celles qui se rapprochent le plus des décisions prises par des administrateurs. On voit le juge s'y inspirer de pures considérations d'opportunité et tirer ainsi son jugement de son propre fond, non des règles du droit : ainsi lorsqu'il autorise une saisie arrêt sans titre ou nomme un administrateur en cas d'urgence ; c'est bien ici qu'on pourrait dire qu'il agit en vertu de son *imperium*.

irrégulièrement prononcée : On emploiera non une voie de recours contre le jugement mais une action principale en nullité. Civ. Cass. 10 février 1892. S. 92.1.140.

1. Contre l'ordonnance d'envoi en possession, par exemple la Cour de cassation, 3 avril 1895. S. 95.1.221, admet la tierce opposition ; la Cour de Bourges, le 13 avril 1903. S. 05.2.167 admet l'opposition ; Garsonnet, *Traité VII*¹ p. 255 n'admet pour faire rapporter les ordonnances sur requête qu'une action devant la juridiction ordinaire ou en référé. Contre l'ordonnance autorisant une saisie, la jurisprudence, au contraire, n'admet pas de voie de recours (*Paris* 4 août 1908. S. 09.2.77), mais seulement la discussion devant le tribunal saisi du fond, ou en référé. Sur les décisions gracieuses de la chambre du conseil, voir Garsonnet, *traité VII*¹, p. 232.

CHAPITRE II

Certains jugements ont-ils autorité de chose jugée à l'étranger sans avoir été déclarés exécutoires ?

Alors que, de façon générale, les jugements étrangers sont considérés par la jurisprudence française comme n'ayant pas autorité de chose jugée en France sans avoir été déclarés exécutoires par un tribunal français, qui a le droit de les réviser, c'est-à-dire d'examiner l'affaire en droit et en fait comme si elle venait devant lui toute neuve, il est affirmé couramment que les jugements étrangers relatifs à l'état et à la capacité des personnes produisent effet sans avoir été déclarés exécutoires (1) et l'*exequatur* ne serait nécessaire que pour l'exécution proprement dite, l'exécution forcée du jugement étranger, les agents de l'Etat français ne pouvant obéir qu'aux injonctions de juges français : Sur ce dernier point tout le monde est d'accord, sauf à discuter sur les actes qui constituent des actes d'exécution.

1. V. par exemple Paris, 21 mai 1885, Clunet, 1885, 541 ; Rouen, 6 avril 1887, Clunet, 1889, 96 ; Alger, 9 octobre 1894, Clunet, 1895, 830 ; Trib. de Clermont, 27 février 1903, Clunet, 1903, 883 ; Trib. Seine 16 avril 1907, Clunet, 1907.1093.

Cette propriété, d'après l'explication courante, tiendrait au fait qu'il s'agit de décisions touchant au statut personnel, lequel suit les personnes à l'étranger : « Le statut personnel, dit-on, dont le Code civil proclame l'exterritorialité, ne consiste pas seulement en dispositions légales proprement dites : il comprend également les jugements qui les complètent, qui les interprètent et qui les appliquent (1). »

D'autres, sous l'influence de la théorie d'après laquelle les jugements qui créent une situation nouvelle auraient en droit interne une autorité absolue, indiquent spécialement comme produisant effet sans *exequatur* les jugements qui modifient l'état et la capacité des personnes (2); et si ceci s'appliquait à tous les jugements qui créent une situation nouvelle, on rendrait compte par là de l'effet produit à l'étranger sans *exequatur* par des jugements qui ne concernent ni l'état ni la capacité : ainsi le jugement déclaratif de faillite en tant qu'il nomme les syndics et leur donne pouvoir d'agir comme représentants du failli et de la masse des créanciers (3).

Seulement ce dernier système n'est certainement pas le système de la jurisprudence : non seulement la grande majorité des arrêts attribuent la dispense d'*exequatur* au fait qu'il s'agit de l'état et de la capacité des personnes, mais il y a des décisions qui font produire effet sans *exequatur* préalable à des jugements qu'on regarde comme déclaratifs : tels un jugement re-

1. Weiss, *Traité de Droit international privé*, t. V, p. 580.

2. Aubry et Rau, VIII⁴, p. 418 (mais ailleurs, I⁴, p. 96 ils disaient « les jugements qui déclarent ou qui modifient l'état et la capacité » et attribuaient la dispense d'*exequatur* à l'exterritorialité du statut personnel); Martin sur Aubry et Rau, 5^e éd., VII, § 488, note 4 et 5.

3. V. par exemple Nancy, 12 juillet 1887, *Clunet*, 1888.521.

connaissant un mariage valable (1) ou au contraire nul (2), et aussi un jugement reconnaissant à un individu le droit de porter un nom (3) et un jugement statuant sur les conditions d'existence d'une personne morale (4), jugements qu'il est peut être hardi de considérer comme relatifs à l'état des personnes, mais qui en tout cas sont déclaratifs de droits.

D'ailleurs, ayant rejeté le système d'après lequel certains jugements auraient en droit interne une autorité absolue en raison de leur caractère constitutif, le système de droit international manifestement inspiré du premier, ne doit pas me sembler, dès l'abord, mieux fondé. D'autant que cette idée d'un pouvoir spécial de commandement appartenant au juge qui, à première vue, paraissait rendre compte de l'autorité absolue de la chose jugée en droit interne, semble difficilement pouvoir justifier une autorité s'étendant aux pays étrangers, le pouvoir de commandement du juge ne dépassant pas la frontière.

Ce n'est pas que l'idée de statut personnel explique de façon satisfaisante une dispense d'*exequatur*. Invoquer l'exterritorialité des lois relatives à l'état et à la capacité des personnes, ce n'est pas résoudre le problème (5). Dans tous les pays, et en particulier en France où la jurisprudence s'attribue un droit de révision intégral, les jugements étrangers sont examinés au point

1. Riom, 3 mai 1897, Clunet, 1898, p. 138.

2. Trib. Seine, 5 avril 1895, Clunet, 1895, p. 602.

3. Paris, 6 avril 1887, Clunet, 1889, p. 113.

4. Gand, 23 juillet 1887, Clunet, 1888, p. 842. Tribunal de Courtrai, 31 juillet 1890, Clunet, 1891, p. 276.

5. En ce sens Pillet. *Principes de droit international privé*, p. 543.

de vue de la compatibilité avec les institutions indigènes des droits qu'ils reconnaissent, de la compétence et de la régularité de la procédure à certains égards. Or à tous ces points de vue un jugement relatif à l'état et à la capacité des personnes peut pécher aux yeux du juge français autant que n'importe quel autre jugement et, si l'on admet la révision au fond, le juge d'une demande en divorce ou en interdiction peut aussi bien s'être trompé dans l'examen des faits et l'interprétation de la loi que le juge de toute autre affaire, et je ne vois pas pour quelle raison on admettrait sans contrôle sa façon de voir et sa décision dans un cas alors que dans l'autre on leur fait subir un examen.

Aussi bien n'est-il pas exact que la jurisprudence admette sans examen les jugements étrangers relatifs à l'état et à la capacité des personnes ou les jugements qui créent une situation nouvelle. La formule partout répétée d'après laquelle ces jugements produisent effet en France sans *exequatur*, pourrait cesser d'avoir cours sans que les solutions données aux espèces doivent changer. Sans doute c'est sous le couvert de l'extraterritorialité du statut personnel que s'est introduite l'idée de l'efficacité à l'étranger des changements d'état ou de capacité opérés par jugement : dans l'ancienne école italienne on défendait par les mêmes raisons l'extension hors du territoire de l'incapacité du mineur et de celle de l'interdit (1) ; sans doute cette formule a été un instrument de progrès en libérant les juges sur un point du système de la révision ; d'où ils ont même pu gagner du terrain en équivoquant sur le sens des mots :

1. V. Laitné. *Introduction au droit international privé*, 1, p. 205, p. 260.

jugements relatifs à l'état et à la capacité ; mais on ne peut aller très loin dans cette voie et la formule est aujourd'hui plutôt un obstacle à l'introduction plus libre de jugements étrangers en général.

Il s'agit ici uniquement de montrer que la jurisprudence française traite de la même façon les différentes sortes de jugements étrangers. On va voir : d'une part que si les jugements relatifs à l'état et à la capacité sont pris en considération sans avoir été déclarés exécutoires, leur admissibilité en France est contrôlée, le cas échéant, tout comme celle des autres jugements ; et d'autre part — et ceci est fort important, car il est incontestable que les jugements étrangers relatifs à l'état et à la capacité sont admis à produire effet sans *exequatur* — que toute espèce de jugements étrangers sont susceptibles de produire effet sans avoir été déclarés exécutoires.

Aussi bien dans des hypothèses où l'*exequatur* est demandé en vue d'une exécution proprement dite (on est d'accord sur sa nécessité en pareil cas pour toute espèce de jugements) que dans des hypothèses où l'on demande au juge français de tirer dans un nouveau jugement, de contenu différent, les conséquences du jugement étranger, je trouve des décisions qui soumettent à l'examen les jugements étrangers relatifs à l'état et à la capacité des personnes, non seulement au point de vue de leur conciliation possible avec l'ordre public français (1) — il suffit de songer au temps où l'on refu-

1. Cass.civ. 9 mai 1900. S. 1901.1.185 (Affaire de Wrède) : « Attendu que lorsqu'une action à fin d'*exequatur* d'une décision judiciaire étrangère a été engagée par les parties intéressées devant la juridiction française, celle-ci a le droit et le devoir d'examiner si les dispositions de la sentence étrangère ne sont pas contraires à l'ordre public français, alors

sait effet en France aux jugements de divorce : le changement de jurisprudence eut pour cause un changement dans l'appréciation des exigences de l'ordre public — mais aux points de vue de la compétence du tribunal étranger, de la citation régulière et de la mise à même de se défendre, de la force de chose jugée ou au moins de l'exécution possible (1). Enfin, la jurisprudence qui,

même qu'elle n'aurait statué que sur une question d'état ou de capacité débattue entre étrangers. » Il s'agissait d'un jugement déclarant un mariage nul ; on a critiqué le point de vue auquel s'était placée la Cour de cassation pour refuser l'admission. Mais son opinion n'en vaut pas moins au point de vue qui m'occupe. — Le tribunal de Pau, le 2 novembre 1907, *Clunet*, 1908, 473, à propos d'un jugement de divorce, a affirmé son droit d'examiner s'il était en conformité avec l'ordre public français et les lois françaises. Paris, 14 mai 1902, *Clunet*, 1902, 841, a refusé d'admettre un divorce prononcé au Chili, comme prononcé d'accord et pour le motif d'incompatibilité d'humeur : refus d'ailleurs critiquable si le jugement était conforme à la loi applicable au divorce.

1. Cass. civ., 9 mai 1900 précité : « Attendu que la capacité de l'étranger étant régie par son statut personnel, la liberté qu'il a acquise de se remarier, par suite de l'annulation de son premier mariage, le suit en France... Attendu, il est vrai, qu'il n'en peut être ainsi que si le jugement étranger qui a annulé le mariage, émane d'une juridiction compétente, s'il a été rendu dans les formes prescrites par les lois du pays et s'il a acquis l'autorité de la chose jugée ; qu'il appartient à l'officier de l'état civil français de vérifier ces points avant de procéder à la célébration du nouveau mariage, et aux tribunaux français de les résoudre en cas de contestation, sans qu'il y ait lieu, du reste, de réviser quant au fond la sentence étrangère. » Cass. req., 11 novembre 1908. S. 1909.1.572 : divorce. « Attendu que l'arrêt attaqué ne dénie pas que le jugement de Pensacola, intervenu entre étrangers dans un litige sur l'état des personnes, puisse avoir en France même autorité que dans le pays où il a été rendu sans qu'il soit nécessaire de le faire au préalable déclarer exécutoire ; qu'il ne lui refuse autorité qu'après avoir constaté qu'il a été rendu en violation des droits de la défense... » Trib. Seine, 18 août 1882, *Clunet*, 1882, 620 (divorce) examine si les droits de la défense ont été respectés, en déclarant qu'en présence d'une question de statut personnel entre étrangers, la révision

comme on l'a montré (1), vérifie la concordance de la solution donnée par les juges étrangers au conflit de lois qui se présentait dans l'espèce, avec la solution qu'elle lui donnerait elle-même, traite à ce point de vue les jugements relatifs à l'état et à la capacité comme les autres jugements (2).

La jurisprudence italienne est dans le même sens.

La cour de cassation de Rome a cassé un arrêt qui avait déclaré exécutoire une décision étrangère d'inter-

doit se borner à rechercher si le juge était compétent et si le jugement a été régulièrement rendu. Paris, 2 novembre 1906, Clunet, 1907, 1092 (divorce) examine les questions de compétence, de caractère exécutoire et d'ordre public.

1. *Bartin Études de Droit international privé*, 1899, p. 96; aux arrêts par lui cités ajouter : Trib. Montpellier, 14 août 1896. Clunet, 1897, 550 : refus d'exequatur, la loi française, que les juges français considèrent comme applicable, décidant autrement que la loi espagnole sur le recours du porteur d'une lettre de change non timbrée. En droit anglais, le même examen a lieu : *Phillimore*, au Clunet 1897, 107.

2. Paris, 2 mars 1868. S. 68.2.312, accorde l'*exequatur*, mais après examen de l'application de la loi compétente, à une décision étrangère qui annule un mariage contracté dans des formes non admises par la loi personnelle des époux, loi que la cour considère comme applicable. Trib. Seine, 19 janvier 1889, Clunet, 1890, 870 : refus d'exequatur d'une décision anglaise qui a condamné un individu contrairement aux dispositions de sa loi nationale, d'après laquelle il est incapable, loi que le juge français, contrairement au juge anglais, estime applicable. Riom, 3 mai 1897. Clunet, 1898, 138 : Jugement étranger déclarant un mariage valable et dont on tient compte sans *exequatur* : « Considérant que ce jugement a été rendu... sur les preuves produites devant le tribunal et conformément à la législation de la République Argentine. » On sent bien la nécessité de cet examen en présence d'un jugement du tribunal de la Seine qui admet une décision allemande qui a divorcé en Allemagne des Italiens bien que la loi italienne n'admette pas le divorce, et l'admet en donnant pour motif que les jugements étrangers relatifs à l'état et à la capacité ont autorité en France sans *exequatur* (Seine, 18 novembre 1901. Clunet, 1902, 103).

diction sans lui faire subir le contrôle ordinaire (1) et la cour de Milan a refusé l'*exequatur* d'une interdiction prononcée par le Conseil de district de Zurich, pour cause de violation des droits de la défense (2). Il est toutefois discuté encore si l'examen peut avoir lieu lorsqu'il n'est pas question d'exécution proprement dite (3): Mais en le niant, on crée un lieu artificiel entre l'instance en délibation, prévue par les textes seulement lorsque l'exécution est demandée, et l'examen, qui peut fort bien avoir lieu sans qu'une instance spéciale lui soit consacrée. D'ailleurs le problème est posé dans les mêmes termes pour tous les jugements, tous étant regardés comme susceptibles de produire effet sans *exequatur* (4), et un arrêt a trouvé le moyen de concilier les adversaires en considérant l'examen du jugement en dehors d'une instance propre en délibation, comme un *exequatur* incident (5).

La jurisprudence anglaise ne fait aucune différence

1. Cass. Rome, 20 mai 1895. S. 97.4.13.

2. Milan, 28 février 1907. Clunet, 1908, 251. Il y a doute sur l'exactitude de la solution, la loi de Zurich ayant été suivie et l'arrêt n'indiquant pas nettement si ce n'est pas la loi Italienne qu'il a jugée applicable. Cf. Cour d'appel de Casale, 26 février 1907. Clunet, 1908, 595 (divorce).

3. V. Ottolenghi, au Clunet, 1902, 760.

4. Cour de Milan, 19 mai 1893. Clunet, 1897, 413 : il est tenu compte pour la preuve d'une créance opposée en compensation en Italie, d'un jugement étranger qui la reconnaît et qui n'a pas été déclaré exécutoire. Cass. Naples, 17 décembre 1900. S. 1904.4.30, affirme qu'un jugement étranger, en l'espèce un jugement anglais tranchant une discussion sur l'attribution de biens grevés de fidéicommiss par un testament anglais, peut être invoqué en Italie sans avoir été déclaré exécutoire quand il s'agit non de l'exécuter, mais d'opposer comme exception à une demande l'autorité de chose jugée.

5. Cour d'appel de Gênes, 4 avril 1906. Clunet, 1906, 1234.

entre les jugements étrangers quant à l'examen qu'elle en fait, comme en témoignent les fréquents arrêts concernant des divorces étrangers invoqués en Angleterre (1).

Reste le point le plus délicat : la question de la révision au fond. Des arrêts de Cassation du 9 mai 1900 et du 11 novembre 1908 cités plus haut, il paraît résulter une doctrine d'après laquelle les jugements étrangers ayant statué sur une question d'état ou de capacité pourraient être examinés aux différents points de vue indiqués plus haut et que la majorité des législations et des traités s'accordent à réserver, mais ne pourraient être révisés au fond comme la jurisprudence française s'attribue le droit de le faire pour les jugements en général. Cela constituerait assurément une différence considérable et il faudrait rechercher la cause de ce traitement de faveur. Mais je ne crois pas que cette doctrine soit exacte.

D'abord on est surpris de voir la cour restreindre son système aux jugements étrangers rendus entre étrangers, alors que l'idée de distinction entre les jugements auxquels un Français aurait été partie et ceux rendus entre étrangers, (la justice française se désintéressant de ces derniers), si elle n'a jamais cessé d'apparaître de temps à autre dans des motifs de jugements, a été depuis longtemps rejetée par la Cour de cassation, et avec raison l'ordre juridique français pouvant aussi bien être troublé par l'introduction en France d'un jugement rendu entre étrangers.

En second lieu, je puis citer des décisions qui ont

1. V. par exemple Court of appeal, 17-30 mars 1906. Clunet, 1907, 173, comparé avec Court of appeal, 28 mai 1909. Clunet, 1910, 913.

révisé au fond des jugements étrangers relatifs à l'état et la capacité des personnes (1), parfois d'ailleurs, en déclarant qu'il n'y a pas lieu à révision (2), ce qui paraît indiquer qu'en présence d'un pareil jugement les tribunaux ne sentent pas qu'il y ait lieu de se comporter autrement que devant les autres jugements. J'y joindrai des décisions qui affirment le droit des tribunaux français de réviser des actes de juridiction gracieuse étrangers (3), actes pour lesquels on affirme aussi couramment que pour les jugements relatifs à l'état et à la capacité qu'ils ont effet à l'étranger sans *exequatur* : on a d'ailleurs songé à rapprocher des actes de juridiction gracieuse les jugements déclaratifs de faillite, en tant qu'ils nomment les syndics, pour expliquer comment ceux-ci sont admis, sans *exequatur* du jugement à agir à l'étranger.

Enfin, et surtout, s'il est incontestable que fréquemment les jugements relatifs à l'état et à la capacité sont pris en considération en France sans révision, si les syndics d'une faillite étrangère sont admis d'ordinaire à agir en France sans aucun examen du jugement déclaratif de faillite, il n'y a rien là de spécial à ces sortes de jugements.

1. Trib. Seine, 29 mai 1897. Clunet, 1898, 129 (divorce) : « Attendu qu'il résulte des documents produits que la dame Corby s'est rendue coupable envers son mari de faits constituant des injures graves de nature à entraîner le divorce. »

2. Trib. Bayonne, 9 mai 1905. Clunet, 1907, 742. Rouen, 11 décembre 1907. Clunet, 1909, 140 (divorce) : déclare fausses des dépositions que le tribunal étranger a tenues pour vraies.

3. Trib. Seine, 3 décembre 1897. Clunet, 1898, 545. Trib. Seine, 29 mars 1898. Clunet, 1898, 728 : envoi en possession d'un administrateur de succession et d'un exécuteur testamentaire. Cf. Trib. régional de Metz, 22 décembre 1891. Clunet, 1892, 1042.

Lorsqu'un jugement étranger est invoqué devant un tribunal, soit pour obtenir le droit d'exécuter, soit à l'appui d'une demande ou d'une exception, le juge saisi qui, par hypothèse, s'attribue un droit de révision, va fréquemment appuyer son raisonnement sur des affirmations du jugement qu'il revise, c'est-à-dire que, dans cette mesure, il ne revise pas. Je pense d'ailleurs qu'il en est exactement de même là où on affirme que les jugements étrangers n'ont aucune valeur et que les tribunaux doivent être saisis d'une demande directe exactement comme si l'affaire n'avait jamais été jugée. En effet, comme on va le voir, le juge à l'admission est parfois poussé de façon irrésistible à considérer comme fondée l'opinion émise par le juge étranger. On trouve bien des décisions où les juges saisis d'une demande, ont refusé de tenir compte d'un jugement étranger invoqué par un des intéressés, en donnant pour motif qu'il n'a pas été déclaré exécutoire. Mais il existe souvent une raison particulière de n'en pas tenir compte dans l'espèce : par exemple, le tribunal français a été saisi en même temps que le tribunal étranger et se considère comme compétent (1), ou bien il s'agit d'un jugement annulant le dépôt d'une marque de fabrique à l'étranger, duquel ne résulte pas nécessairement la nullité de son dépôt en France (2), ou encore le jugement étranger n'est pas produit de façon (3) ou en temps voulu pour être pris en considération en vue du jugement à intervenir.

1. Lyon, 1^{er} juin 1872. Sirey, 72.2.174.

2. Paris, 12 janvier 1874. Clunet, 1875, 355.

3. C'est ce qui semble pouvoir expliquer l'arrêt de Bordeaux, 9 juillet 1906, Clunet, 1907, 396.

Tout d'abord — et ceci me dispenserait presque d'en dire davantage — même quant à des points sur lesquels il y a lieu à examen de l'avis même de ceux qui reconnaissent aux jugements étrangers l'autorité de chose jugée (la compétence, la régularité de la procédure, etc.) on voit des arrêts fonder leur décision sur l'opinion du juge étranger, la présument juste et sa façon de procéder régulière et rejetant sur le défendeur à l'admission la preuve du contraire (1).

Quant à l'exactitude des faits constatés et leur appréciation correcte, il ne manque pas de décisions qui s'en

1. Montpellier, 17 décembre 1869. S. 70.2.75 : « Attendu qu'il n'est ni établi ni allégué que la sentence rendue par le juge de Figueras l'ait été sans que les formes protectrices de la justice espagnole aient été observées. » Trib. Seine, 14 novembre 1890. Clunet, 92, 987 : « En ce qui touche la revision : attendu que le prince de Bourbon ne justifie pas qu'il ait été dans l'impossibilité de se défendre devant le tribunal de Sant'Anna... attendu d'ailleurs que ce jugement paraît régulier. » Cass. req., 15 janvier 1896. S. 96.1.457 : « Attendu que Lepreux se trouvant demandeur dans son exception, c'était à lui qu'incombait la preuve de la prétendue violation de la loi française qu'il invoquait. » Douai, 17 mars 1900. Clunet 1902, 593. « Attendu qu'il appartenait au défendeur à l'*exequatur* d'établir d'abord qu'étant non admis à domicile en France, mais y résidant, il avait au regard de la loi anglaise perdu en Angleterre, ainsi qu'il le prétend, son domicile d'origine, — attendu qu'à supposer ce fait établi il appartenait encore à Harrisson de démontrer qu'ayant passé en Angleterre avec un sujet anglais un contrat subordonné à l'accomplissement d'une condition en France, au regard de la loi anglaise les tribunaux anglais étaient encore compétents pour connaître de son exécution ; — attendu qu'il n'a rapporté ni l'une ni l'autre de ces preuves à sa charge, que le tribunal doit dès lors le supposer impuissant à les fournir et présumer la décision anglaise rendue par des juges compétents. » Paris, 20 avril 1905. Clunet 1906, 1130 : « Attendu que la Crown exploration C^{ie} a été considérée par les tribunaux anglais comme valablement représentée dans l'instance introduite contre Bapst. »

rapportent au jugement étranger (1) et on peut y joindre les décisions qui surviennent de temps à autre et qui nient le pouvoir des tribunaux français de réviser au fond, contrairement à l'ensemble de la jurisprudence (2). Il est d'ailleurs admis, de façon générale, que les juges français peuvent puiser des éléments de preuve dans un jugement étranger non déclaré exécutoire (3):

1. Bordeaux, 10 février 1824. P. chr.: « Attendu qu'il est vrai qu'un jugement rendu par le tribunal de commerce de Rotterdam n'a aucune autorité judiciaire en France; d'où il résulte que le fait qu'il constate en Hollande peut être débattu et contredit en France par des preuves contraires: mais qu'à défaut de preuves contraires, ce fait doit être tenu pour constant par les tribunaux français et que dans l'espèce on n'oppose à ce document sur l'ouverture de la faillite aucune espèce de preuve ». Chambéry, 12 février 1869. S. 70.2.9. « Attendu que le jugement étranger constate qu'il n'a été rendu que sur témoignage fourni, et, ajoute le jugement, les demandeurs ayant établi leur réclamation; que si l'enquête des demandeurs ne peut être soumise à la cour, parce qu'elle était purement orale, la cour n'en doit pas moins retenir que son résultat a paru probant au juge de la Nouvelle Orléans ». Toulouse, 29 janvier 1872, S. 73.2.18: «... Sauf à prendre en telle considération que le droit, les faits ou les chiffres établis par le juge étranger sur tous les points qui ne pourraient être plus amplement éclaircis. » Paris, 21 mars 1889. Clunet, 1891, 531. « Attendu qu'en fait toute révision du procès est impossible à raison de la nature spéciale des contestations, du mode de preuve et du temps considérable qui s'est écoulé depuis l'ouverture du litige ». Montpellier, 17 décembre 1869. S. 70.2.75: « Attendu que Barneda n'a produit aucun document tendant à établir que le juge de Figueras ait été induit en erreur sur le montant de la fortune mobilière qu'il a pris pour base de la pension alimentaire par lui accordée. » Pau, 17 janvier 1872, Clunet, 1874, 77, attache aux jugements étrangers une « présomption de bien jugé tant que la preuve du contraire n'aura pas été rapportée. » Aj. Cass., 12 avril 1858, S. 58.1.721.

2. Angers, 4 juillet 1866 et Paris, 23 février 1866. P. 66, 1120. Trib. Laon, 21 juillet 1890. Clunet, 90, 909.

3. Cass., 30 janvier 1912. Clunet, 1912, 845. Cass. Turin, 1^{er} septembre 1911. Clunet, 1912, 595. Cass. des Pays-Bas: 16 avril 1908. Clunet, 1912, 293.

or puiser des éléments de preuve dans un jugement étranger, cela consiste le plus souvent à adopter son opinion sur des faits qu'on ne peut constater soi-même par les moyens que le juge étranger a eus à sa disposition. Et, il faut bien en convenir, souvent le juge à l'admission, le juge devant qui on invoquera un jugement étranger, sera porté à s'incliner devant l'opinion de l'autre parce que celui-ci était mieux à même que lui de se rendre compte : et en somme il aura raison. Et il en sera ainsi non seulement quant aux questions de fait, mais aussi quant à certaines questions de droit : si le juge étrange a eu à interpréter et à appliquer sa loi nationale, sur la compétence de laquelle on est, par hypothèse, d'accord, le juge à l'admission pourrait-il se croire capable de connaître mieux que l'autre la propre loi de celui-ci ?

A supposer que la revision soit matériellement et raisonnablement possible, elle n'aura pas toujours lieu. Les juges français qui affirment volontiers que la revision est pour eux un droit et un devoir, ne la font pas, bien souvent, lorsqu'elle n'est pas demandée par l'intéressé. Au vendeur condamné en France à garantir son acheteur évincé par un jugement étranger et qui vient objecter dans un pourvoi en cassation que le jugement étranger n'a pas été déclaré exécutoire en France, la Cour de cassation a répondu : « Attendu que le fait de l'éviction n'a pas été contesté devant les tribunaux français. » (1) Il résulte d'ailleurs des autres décisions

1. Cass., 12 décembre 1826. P. chr. S. 27.1.255. Cf. dans une hypothèse semblable. Cass., 6 janvier 1841. P. 41.1.43. S. 41.1.25 : « Considérant que dans cet état le demandeur ne peut nullement se prévaloir du principe que les jugements rendus par les tribunaux étrangers ne peuvent être exécutés en France sans connaissance de cause, car la

citées en note que même les points sur lesquels presque tout le monde s'accorde à dire qu'il y a lieu à contrôle, ne sont examinés que si l'intéressé le demande. Et c'est bien l'impression qui se dégage de l'énorme quantité de décisions qui ont statué sur l'admission d'un jugement étranger : Il n'en est pour ainsi dire aucune qui examine à la fois la compétence, la régularité de la procédure, la possibilité d'exécution ou la force de chose jugée, la solution du conflit de lois, l'accord possible avec l'ordre public, et enfin revise au fond. Et en effet il est rare que le défendeur à l'admission ne limite pas ses critiques à un ou plusieurs de ces points, sur lesquels seuls il croit avoir chance de réussir.

Ceci nous met assez loin de la façon dont on envisage d'ordinaire la question de l'*exequatur* : qu'on soit partisan de la revision ou qu'on veuille seulement le contrôle, il n'est pas question de faire dépendre cet examen ou ce contrôle de la volonté d'un plaideur. Les tribunaux français disent volontiers qu'ils ont *le droit et le devoir* de reviser et déclarent que les parties ne peuvent renoncer à la revision parce qu'elle est destinée à sauvegarder la souveraineté (1). Mais le fait est

question portée devant la Cour royale portait sur tout autre chose. » Cf. Douai, 17 mars 1900. Clunet, 1901, 785 : « Attendu qu'il n'est pas contesté que la décision présentée ne constitue un jugement valable en Angleterre; qu'il est uniquement soutenu que le tribunal anglais était incompétent ». *id.* Trib. Nice, 16 mai 1898. Clunet, 1899, 131. Cass. req., 15 janvier 1896. S. 96.1.457 : « Attendu qu'il n'a jamais été contesté... que le jugement n'eût pas été rendu par un tribunal compétent ou qu'il ne fût pas devenu définitif en Belgique... » Montpellier, 17 décembre 1869. S. 70.2.75, cité plus haut, p. 47, note 1.

1. Trib. Seine, 28 décembre 1898. Clunet, 99, 798. Trib. Montpellier, 14 août 1896. Clunet, 97, 550. Cour d'appel de Bruxelles, 26 juin 1894. Clunet, 97, 191. Cependant certaines décisions italiennes ont déclaré

certain : le plus souvent la discussion ne porte que sur les points où elle est soulevée par l'adversaire à l'admission et celle-ci a lieu sans plus.

Or ceci explique, de l'aveu même de nombreuses décisions (1), comment un syndic de faillite étrangère est admis à agir en France sans que le jugement déclaratif y ait été introduit. Il ne suffit pas de dire qu'il s'agit de la simple constatation d'un fait et que les jugements étrangers font foi des faits qu'ils constatent sans avoir été revisés, car le pouvoir des syndics suppose la validité du jugement déclaratif, et celui-ci, de façon générale, ne produit pas ses effets en France. Mais l'individu contre qui le syndic de faillite étrangère veut agir en France comme représentant soit du failli, soit de la masse, ne conteste d'ordinaire nullement l'existence ni la correction du jugement déclaratif, pas plus que de la nomination des syndics : Il se contente d'essayer d'échapper à l'action du syndic en invo-

que l'examen des différents points dont parle la loi italienne, autres que l'accord avec l'ordre public, n'a lieu que dans l'intérêt des parties en cause, qui peuvent y renoncer. Cass. Rome, 29 octobre 1884. Clunet, 1886, 620. Cour d'appel de Milan, 29 novembre 1887. Clunet, 1889, 161, et 13 octobre 1891. Clunet, 1894, 182.

1. Cass., 21 juin 1870. S. 71.1.49 : « Attendu que le fait de la déclaration de faillite et de la nomination des syndics n'a été contesté ni en première instance, ni en appel, d'où il suit que le premier moyen manque en fait. » Aix, 5 juin 1895. Clunet, 96. 613 : « Considérant que le fait de la déclaration de faillite, non plus que celui de la nomination du sieur Massarini en qualité de syndic, n'ont jamais été contestés. » Trib. com. Seine, 29 juin 1893. Clunet, 1896, 855. Trib. Seine, 21 décembre 1877. Clunet, 1878, 376. « Attendu que le défaut de qualité est certain lorsqu'il y a contestation sur le fait de la déclaration de faillite ou sur le fait de la nomination du syndic ; que par suite il doit en être de même lorsqu'il y a contestation sur les conditions du report de la faillite. »

quant ce principe que les jugements étrangers ne produisent pas d'effet en France sans avoir été déclarés exécutoires. Et en repoussant cet échappatoire, la jurisprudence affirme justement le contraire.

La même raison explique, je crois, souvent, l'admission sans examen des jugements relatifs à l'état ou à la capacité. A côté des décisions qui refusent un *exequatur* demandé sans autre but que de se faire certifier l'admissibilité en France d'une situation nouvelle créée par le jugement étranger, en affirmant que de pareils jugements ont effet en France sans *exequatur* (1), (décisions qui ne renseignent guère sur les conditions de l'admission, puisqu'elles s'en désintéressent), une bonne partie des décisions accordent l'*exequatur* dans des conditions semblables (2), auquel cas il n'y a souvent pas d'adversaire réel à la demande d'*exequatur*, ou bien, en ce qui concerne les divorces, pour imposer la transcription à un officier d'état civil qui ne se préoccupera guère de discuter le jugement de divorce. Alors même qu'il y a un adversaire sérieux, bien souvent il ne contestera pas le bien fondé du jugement de divorce, de séparation ou d'interdiction (3) : J'ajouterai que souvent il n'aura pas qualité pour le contester. J'ai montré au chapitre précédent que peu de gens sont admis à critiquer ces jugements en droit interne, et il me semble impossible que quelqu'un qui ne serait pas admis

1. Alger, 9 octobre 1894. Clunet, 95, 830 (interdiction); Trib. Seine 16 avril 1907. Clunet, 1907, 1093 (séparation de corps).

2. Pau, 16 décembre 1909. Clunet, 1910, 558.

3. Trib. d'Annecy, 7 mai 1884. Clunet, 1885, 439. « Attendu que les époux d'Orlyé n'ont pas contesté l'interdiction, qu'ils se sont bornés à contester la qualité de Decoux (tuteur). »

à critiquer un jugement dans le pays où il est rendu puisse le faire sur une demande d'introduction à l'étranger d'un jugement semblable — sauf à discuter, le cas échéant, sur la loi applicable au droit de critique — ; on le sent si bien qu'en fait il n'est pas soulevé de critiques. Et l'on s'explique fort bien dans ces conditions que la maxime ait pu s'accréditer que les jugements relatifs à l'état ou à la capacité ne sont pas sujets à révision.

On pourrait enfin signaler une tendance des tribunaux à examiner davantage le jugement étranger lorsque l'*exequatur* en est demandé en vue d'une exécution proprement dite que lorsqu'il est invoqué à l'appui d'une prétention ou d'une exception, ou encore, ce qui est à peu près la même chose, davantage lorsque l'examen du jugement étranger forme l'objet principal de l'instance que quand il n'y constitue qu'un incident. Mais c'est là un phénomène qui peut s'expliquer de lui-même par les circonstances, le juge, au premier cas, ayant pour seule tâche l'examen du jugement et devant naturellement sentir qu'il doit s'y appliquer. C'est par un phénomène analogue que les tribunaux, en présence d'un traité qui énumère les points que devra examiner le juge à l'admission dans le but de restreindre à ces points son droit d'examen, pourront se croire obligés de les contrôler d'office alors qu'ailleurs, en fait, ils ne le font pas toujours.

A mon avis il n'y a aucun motif de distinguer le cas où un jugement étranger est présenté aux juges en vue d'en obtenir l'exécution, de celui où il est invoqué devant eux à l'appui d'une prétention nouvelle. Dans un cas comme dans l'autre il y a introduction du jugement

étranger, également susceptible de troubler l'ordre juridique local (1).

Mais il n'en est pas moins vrai qu'il existe une tendance instinctive à agir différemment dans les deux cas. Or il se trouve que les jugements relatifs à l'état où la capacité des personnes sont, relativement aux autres, invoqués moins fréquemment en vue d'une exécution proprement dite, car un état, une incapacité ne s'exécutent pas à proprement parler, mais sont invoqués à l'appui d'une prétention dont ils ne contiennent pas tous les éléments : l'interdiction est invoquée pour faire annuler l'acte de l'interdit, le jugement qui reconnaît un rapport de parenté, pour avoir part à une succession. Enfin si, quand il s'agit d'exécuter un jugement étranger, tel quel et dans sa teneur propre, contre quelqu'un ou de le faire exécuter par quelqu'un qui s'y oppose, il est rendu un jugement d'*exequatur*, parce que le juge, à qui incombe le rôle de décider de l'admissibilité donne son opinion, comme toujours, sous la forme d'un jugement, et que ce jugement, n'ayant pas d'autre objet, affirme l'admissibilité en déclarant exécutoire ; au contraire quand la décision étrangère est invoquée à l'appui d'une prétention nouvelle ou comme défense contre une demande quelconque, un jugement la déclarant expressément exécutoire ne paraît plus indispensable : il est bien inutile que le juge se donne à lui-même, par un *exequatur* en forme, l'autorisation

1. Pillet. *Principes*, p. 539 et 543 : « Et même si une distinction était à faire ce serait plutôt en sens contraire. Requérir l'exécution d'un acte passé à l'étranger est moins grave, comme atteinte à la souveraineté, qu'exiger le respect de la chose jugée à l'étranger. Ce qui le prouve, c'est que jamais l'exécution des actes authentiques n'a donné lieu aux mêmes difficultés que l'exécution des jugements. »

de fonder sa décision sur le jugement étranger : l'essentiel est qu'il examine l'admissibilité de ce dernier lorsqu'il doit le faire : mais il le peut sans consigner le résultat de son examen dans un jugement distinct.

Les tribunaux s'appuient ainsi couramment sur des décisions étrangères non déclarées exécutoires, et d'ailleurs en toute matière et pas seulement dans la matière de l'état et de la capacité, comme je l'ai montré plus haut. Mais comme, en des cas semblables, il n'y a pas à proprement parler de jugement d'*exequatur*, une théorie qui soutient qu'une certaine catégorie de jugements sont dispensés d'*exequatur* et qui les voit en pratique admis sans *exequatur* y trouvera la confirmation de son système et non sans apparence de vérité au premier abord.

Il est donc explicable que cette idée d'une situation particulière faite aux jugements relatifs à l'état et à la capacité se soit établie, qu'elle soit affirmée par des jurisconsultes de tous les pays, soutenue par le principe de l'exterritorialité du statut personnel et favorisée par cette circonstance qu'en fait souvent il n'y a pas révision pour eux et aussi que souvent même il n'y a pas de jugement d'*exequatur* proprement dit. Mais il n'en est pas moins vrai qu'il n'y a aucun motif de leur faire un traitement de faveur et qu'en réalité il ne leur est pas fait un traitement de faveur. Tous les jugements étrangers produisent effet aux mêmes conditions.

Ce n'est pas le lieu de rechercher quelles sont ces conditions, dans une étude qui n'a pour objet que de rechercher si certains jugements doivent, à divers points de vue, être classés à part.

DEUXIÈME PARTIE

LA QUESTION DE DATE

Si les jugements sont déclaratifs des droits qu'ils proclament, il doit en résulter qu'au cas où un intérêt pratique se présentera de savoir de façon précise quand un droit a pris naissance ou quand une situation juridique a été modifiée, cette date pourra être et sera le plus souvent autre que celle du jugement. Et ceci est bien en accord avec le caractère du rôle du juge, chargé de trancher des contestations en disant le droit conformément à un système de règles qui s'imposent à lui.

On pourrait songer à tirer argument en faveur du caractère déclaratif des jugements, de la règle d'après laquelle ceux-ci sont en principe dispensés de la transcription de la loi du 23 mars 1855. Mais la nécessité ou l'inutilité de la transcription est décidée d'un point de vue tout spécial : celui qui demeure propriétaire d'après le jugement a-t-il déjà transcrit un titre d'acquisition, et n'y a-t-il pas eu de transcription postérieure sur le même bien en faveur d'un autre ? C'est pourquoi l'on transcrit les jugements déclarant l'existence du droit en vertu d'une convention verbale, ainsi que les juge-

ments prononçant la résolution ou la nullité d'un acte transcrit.

Toutefois, personne ne paraît nier l'aptitude des individus à créer ou à faire disparaître des droits au moyen d'actes juridiques, et je puis admettre comme point de départ et sauf justification plus ample, l'idée que les jugements sont déclaratifs de droits. Cette justification résultera de l'examen que je vais faire des différentes hypothèses où l'on a cru pouvoir attribuer au jugement un rôle créateur, soit qu'on justifie par là des solutions bien admises, d'après lesquelles le droit nouveau ou la situation nouvelle ne prend pas naissance à une date antérieure au jugement, soit qu'embarrassé pour fixer cette date de naissance on croit apercevoir dans telle espèce de jugements des caractères particuliers qui les font aussi proches des actes juridiques que des jugements, soit qu'on trouve que dans telle série d'hypothèses le prétendu droit, ne pouvant dans aucune mesure être exercé avant le jugement, n'a eu jusque là qu'une existence si imparfaite qu'on ne peut y voir un véritable droit.

Avant d'aborder cette étude détaillée qui seule permettra de se prononcer en connaissance de cause sur le rôle des jugements dans la création des droits, je veux faire quelques observations :

En premier lieu si dans telle hypothèse donnée une règle bien établie décide que le droit nouveau ou la situation nouvelle ne prend naissance qu'après un jugement, il n'en résulte pas nécessairement que ce jugement soit à proprement parler créateur du droit nouveau ou de la situation nouvelle. D'autres explications d'une pareille règle peuvent être imaginées *à priori* :

il est possible, s'il s'agit d'un droit ou d'une situation opposable à tous, que la règle ait été établie pour de pures raisons d'utilité pratique, en vue d'éviter une période d'incertitude et des surprises préjudiciables aux tiers. Il arrive aussi que le jugement, qu'il contienne ou non en même temps la solution d'un débat contentieux, constitue, dans l'intérêt social, un contrôle de la légalité et de l'opportunité du changement de droit, ou même une simple solennité ou constatation authentique. En pareil cas, il paraît naturel de placer la date du changement de droit au jour du jugement qui intervient d'ordinaire en dernier lieu et en est la consécration. Mais ceci n'entraîne pas qu'il soit l'acte créateur : lorsque plusieurs actes successifs sont nécessaires pour faire naître un droit, le premier mouvement est de le faire dater seulement du jour de l'accomplissement du dernier de ces actes, alors même qu'ils auraient logiquement une importance inégale dans l'opération créatrice, car alors seulement le droit est parfait. D'ailleurs, lorsque manifestement l'acte essentiel est le premier ou un des premiers en date et que le jugement ne constitue qu'un acte de contrôle, on n'hésitera guère, s'il se présente quelque intérêt légitime, à placer la date de naissance avant le jugement : il en est ainsi pour l'adoption (1).

J'étudierai en premier lieu les jugements qui dans l'opinion courante forment essentiellement la classe des jugements constitutifs, c'est-à-dire les jugements déjà étudiés dans la première partie et qui interviennent en vue d'un changement d'état ou de capacité.

Mais dès l'abord la question de date se dédouble, car,

1. Planiol, I, § 1597.

à certains points de vue, même dans des cas où, quant au principal, la situation nouvelle n'est pas antérieure au jugement, tout se passe comme si elle avait existé dès le jour de la demande.

Ce problème des effets qui se produisent dès le jour de la demande a un caractère général, et même pour les jugements certainement déclaratifs il ne se confond pas avec la théorie du caractère déclaratif des jugements : Il résulte de celui-ci que le droit reconnu produit effet dès le jour où sont réunis ses éléments essentiels et pas seulement du jour de la demande. Il faut donc, pour débayer le terrain, étudier d'abord la nature des effets de la demande en justice de façon générale.

Cela est particulièrement nécessaire avant l'examen des jugements qui interviennent en vue d'un changement d'état ou de capacité, car la seule « rétroactivité » qu'on ait admise ou au moins proposée pour eux, sous leur forme actuelle (1), et sauf discussion sur le rôle du jugement d'interdiction dans l'annulation des actes antérieurs, est une « rétroactivité » au jour de la demande. Il faut voir si les quelques effets du divorce et des séparations, qui se produisent au jour de la demande en justice, et qu'on semble parfois, dans la théorie, admettre à contre-cœur parce que, pour le principal, le divorce et les séparations ne s'accomplissent qu'après le jugement, ne s'expliquent pas comme des

1. Comme on le verra plus loin, le jugement d'interdiction était considéré sous l'ancien droit comme purement déclaratif, l'incapacité du fou conservant le même caractère après le jugement d'interdiction qu'auparavant, c'est-à-dire allant et venant avec la folie.

effets ordinaires de la demande. Et pour cela il faut d'abord étudier ces effets ordinaires.

Après l'étude des effets de la demande en général, et celle de la date des différents effets du divorce, des séparations et des interdictions, j'examinerai différentes hypothèses où l'on a voulu faire jouer au jugement un rôle déterminant quant à la date de la naissance ou de l'extinction d'un droit ou celle d'un changement de situation juridique : Le jugement opérant compensation, le jugement condamnant à payer une indemnité en réparation du dommage causé par un délit ou quasi délit ; le jugement déclaratif de faillite ou de liquidation judiciaire ; le jugement de validité de saisie-arrêt. Pour ces deux derniers, il s'agit, à proprement parler, moins d'une question de date que de l'existence même d'un droit ou d'une situation juridique : l'attribution exclusive, l'état de failli ; on les regarde comme constitués par le jugement et trouvant en lui leur fondement. Je rencontrerai et discuterai à propos de chacune de ces hypothèses les différentes théories et conceptions qu'on a imaginées de jugements constitutifs de droits.

CHAPITRE PREMIER

Les effets de la demande en justice

La demande en justice produit des effets nombreux. En laissant de côté ceux qui concernent plus particulièrement la procédure, c'est-à-dire non seulement son effet primordial : saisir le juge d'un litige ou d'une requête et déterminer la nature et l'étendue de ce litige et l'objet de la requête, mais encore fixer la compétence (1), on peut ramener ses effets intéressant le fond du droit à deux types : 1° L'interruption de la prescription ; 2° le droit aux fruits et le cours des intérêts de sommes d'argent. Je rattacherai à l'étude du premier type les deux questions suivantes : Si la demande opère la transmission des actions attachées à la personne ; si elle préserve le droit de l'extinction dont le menace une loi nouvelle. Je passerai sous silence le problème de l'interversion de la prescription par la demande (2), question spéciale aux courtes prescriptions, qui se pose pour elles sur l'article 2274 et se décide par des motifs à elles propres. Quant à la mise en demeure, qu'on

1. V. Garsonnet. *Traité II*³, § 196. Bartin, *Études sur les effets internationaux des jugements*, I, 1907, p. 8 et suiv.

2. Garsonnet, II³, § 199.

dit parfois résulter de la demande, j'en parlerai à propos des fruits et des intérêts.

Comment justifie-t-on des effets de la demande ? On parle du caractère déclaratif des jugements : J'ai montré déjà (1) que cette explication est insuffisante, car le caractère déclaratif, à lui seul, entraînerait une « rétroactivité » susceptible de remonter bien plus haut que la demande.

On ajoute : Les lenteurs de la justice ne doivent pas porter préjudice aux parties. Incontestablement c'est la raison d'équité et d'utilité pratique qui a fait rattacher à la demande ses différents effets. Mais, comme je le montrerai, la théorie juridique des principaux d'entre eux ne s'est pas formée du tout, ou ne s'est formée que secondairement en fonction de cette idée. C'est ainsi qu'on a rattaché l'interruption de la prescription par la demande à la théorie de la mauvaise foi dans la prescription, la dette de fruits à la théorie des effets de la mauvaise foi chez le possesseur, le cours des intérêts à la théorie des dommages-intérêts et de la demeure. C'est en effet un des procédés les plus usuels de développement du droit que de pourvoir à des besoins nouveaux à l'aide de théories existantes construites dans d'autres buts. Il en est résulté que nous manquons d'une théorie générale sur le caractère des effets secondaires de la demande. Cette formule : Les parties ne doivent pas souffrir des lenteurs de la justice, on ne peut la prendre à la lettre et en faire une règle absolue, et dès lors elle ne permet pas, à elle seule, de résoudre les difficultés nouvelles.

1. P. 60.

En effet il n'est pas question de faire aux lenteurs de la justice un contre-poids exact et d'en dédommager intégralement les plaideurs : La justice est lente ; c'est un fait ; c'est notre point de départ ; et l'on dit même volontiers qu'une certaine lenteur est nécessaire à une bonne justice. D'autre part, c'est un principe fondamental que le défendeur conserve la situation de possesseur pendant l'instance et c'en est un autre que nul ne doit de dommages et intérêts pour avoir résisté *sans mauvaise foi* à une demande jugée bien fondée (1). Donc le demandeur va au moins avoir à souffrir d'un retard dans l'entrée en jouissance de sa chose, alors même qu'il recevrait les fruits intérimaires, d'un retard dans la réception de son argent, alors même qu'il en obtiendrait les intérêts, d'un retard dans l'exécution d'un travail ou la livraison d'une commande, alors même qu'il toucherait des dommages et intérêts. Voilà des cas, et ce ne sont pas les seuls, où un plaideur souffrira des lenteurs du procès. Dira-t-on qu'il y a là, en quelque sorte, force majeure ? Il y a seulement un principe dont l'application paraît plus essentielle que celle de notre maxime d'équité. Et il en pourra être de même d'autres principes.

Il est une autre formule par laquelle on explique les effets de la demande (2) : Le juge, dit-on, doit se placer pour juger, au jour de la demande. Cette formule exprime à peu près ce qui se passait dans la procédure

1. Cass. civ., 12 février 1900. S. 1902, 1.126.

2. Civ. cass., 24 décembre 1889. S. 91.1.455. Tissier. S. 1909, 2.153. C'est là une question à résoudre d'après le principe général d'après lequel les demandes en justice doivent être appréciées comme elles l'auraient été au jour où elles ont été formées. »

romaine ancienne, où le juge devait se reporter au moment de la *litis contestatio*, condamner si le droit prétendu existait à ce moment, alors même qu'il aurait cessé d'exister depuis, absoudre si la prétention n'était pas fondée alors, quand bien même elle le serait devenue dans la suite (1). Cette règle était en accord avec le caractère de la *litis contestatio* tel qu'il fut dégagé par les jurisconsultes et pouvait lui être rattachée comme une conséquence logique : Par une sorte de novation, comme le disent déjà certains textes romains, elle faisait disparaître le droit déduit en justice pour le remplacer par un droit à obtenir une sentence, droit indépendant et soustrait aux causes d'extinction de l'ancien (2). Quelle qu'ait été l'origine de cette théorie (3), le corollaire qu'on lui rattacha, l'examen des éléments de l'action au jour de la demande, se trouva donner satisfaction à certains des intérêts pratiques qui m'occupent ici. C'est ainsi qu'elle rendait inutile une théorie de l'interruption de l'usucapio par l'exercice de l'action et d'une façon générale de la perpétuation des actions temporaires par leur exercice ; c'est ainsi encore qu'elle assurait la transmission des actions attachées à la personne (4).

Mais dans la suite cette règle de l'appréciation au

1. Girard, *Manuel élémentaire de Droit Romain* 5^e éd., p. 1012 ; Accarias, *Précis de Droit Romain*, 4^e éd. II, p. 737 et suiv.

2. Girard, p. 703.

3. Collinet, *Nouvelle Revue historique du Droit*, 1902, p. 529, voit dans la primitive *litis contestatio* une promesse, avec prise à témoins des assistants, de reconnaître et exécuter la sentence à intervenir, ce qui expliquerait bien comment on a pu lui attribuer les différents effets qu'elle produisait à l'époque classique.

4. Girard, p. 1012, n. 3.

jour de la *litis contestatio* des éléments du procès fut considérée comme entraînant des effets fâcheux ; tout en conservant les conséquences utiles qu'on y avait rattachées, on y apporta des dérogations (1) ; et, si peut-être on appliqua rigoureusement à l'origine le principe, jusqu'à permettre au demandeur de cumuler le bénéfice de la condamnation avec celui de l'exécution au cours de l'instance (2) on repoussa plus tard cette rigueur.

D'ailleurs tous les effets que l'on rattache aujourd'hui à la demande ne pouvaient résulter de l'effet extinctif de la *litis contestatio*. Telle la dette des fruits intérimaires : le principe de l'examen des faits au jour de la demande les eût plutôt fait refuser. Aussi là où leur restitution fut établie en premier lieu, dans les actions réelles (3), fut-elle assurée par un procédé indépendant : Une promesse par cautions qu'ils seraient restitués (4). Quant au cours des intérêts, on ne le fit jamais à Rome résulter de la *litis contestatio*. C'est à tort qu'on a longtemps interprété dans ce sens un texte de Paul : *Lite contestata usurae currunt* (D. 22.1.35) (5).

En tout cas, il est certain qu'aujourd'hui on ne peut poser en règle que le juge doit se placer pour juger au jour de la demande. Les nombreuses dérogations au principe qu'avaient admises les Romains forment chez nous les solutions normales : Le juge ne condamnera pas si la chose a péri par cas fortuit pendant l'ins-

1. Girard, p. 1012, n. 4 ; Accarias, II, p. 736 et suiv.

2. Accarias, II, p. 739.

3. Accarias, II, p. 742.

4. Girard, p. 336, 337.

5. Girard, p. 651, n. 5. Je réserve toutefois quelques observations sur ce point pour le moment où je parlerai du cours des intérêts.

tance sans que le défendeur eût la charge des cas fortuits ; il ne condamnera pas, au moins en règle, quand le défendeur a exécuté pendant l'instance ; le demandeur a droit à la chose avec les accroissements en nature et en valeur qu'elle a reçus dans le même temps. Bref, il est plus vrai de poser en principe que le juge doit se placer au jour du jugement, la théorie même de « l'interruption » de la prescription par la demande le sous-entend, et, comme il ne peut être question d'attribuer à notre demande un caractère et un effet extinctif analogues à ceux de la *litis contestatio*, on ne peut utilement pour justifier des effets qu'on veut attribuer à la demande, faire un rapprochement avec un acte introductif d'instance qui ne lui ressemble que de bien loin.

La demande en justice n'est pas autre chose, chez nous, dans son essence, qu'un ajournement, signifié à l'adversaire, à comparaître en justice, avec l'indication de l'objet du litige et « l'exposé sommaire des moyens » (art. 61. C. proc.). Parfois elle consiste dans une requête au tribunal, non signifiée à l'adversaire : La déclaration de faillite peut être ainsi provoquée (1). Comment a-t-on pu rattacher à un pareil acte, purement procédural, les effets accessoires que j'ai mentionnés ? C'est ce qu'il faut étudier de près pour chacun d'eux.

I. — L'interruption de la prescription

A la lecture de l'article 2244 du Code civil, qui cite comme interrompant civilement la prescription : la citation en justice, le commandement et la saisie, on est

1. Lyon-Caen et Renault. *Traité de Droit commercial*, 3^e éd. VII, n° 99.

porté à attribuer l'effet interruptif de ces actes au caractère qui leur est commun : Tous trois sont, dans des circonstances différentes, suivant la nature du titre qu'a le demandeur entre les mains et la nature des biens sur lesquels il exerce sa poursuite, le premier acte manifestant une intention vraiment sérieuse d'obtenir la reconnaissance de son droit et de jouir des avantages qu'il est susceptible de procurer : tous trois sont le premier acte de la poursuite. Jusque là, il n'y avait au point de vue juridique, qu'une intention non manifestée par le fait, d'obtenir la jouissance à laquelle on a droit.

Mais les choses ne se présentent pas en réalité aussi simplement. L'article 2244 est le produit de tâtonnements et de longues discussions, du travail des juristes depuis des siècles pour déterminer les actes interruptifs. L'étude d'Albert Desjardins (1) donne sur ce point les précisions désirables. Dès longtemps on a admis en France que l'exercice de l'action empêchait sa perte par le laps de temps (2). Mais ce n'est pas sans discussion que la demande fut admise définitivement comme type de l'acte civilement interruptif. Les uns la jugeaient insuffisante, s'appuyant sur des textes romains qui rattachaient à la *lit'is contestatio* la conservation du droit (3); d'autres au contraire, considéraient une

1. « Etude historique sur les causes d'interruption de la prescription ». *Nouvelle Revue historique de Droit Français et étranger*, 1877, pp. 293 et 509.

2. Beaumanoir. *Coutumes de Beauvoisis*, ch VIII, n° 2, éd. Beugnot.

3. Par ex. Cod. Just. 7.32.10; 7.33.10. V. A. Desjardins, p.509 et suiv. Pourtant d'autres textes faisaient résulter l'interruption de la *conventio*, signification au défendeur, sur l'ordre du magistrat, par un huissier,

simple sommation comme suffisante (1). D'autres enfin, à la suite de Bartole, distinguaient différentes sortes de prescriptions, pour leur attribuer des modes d'interruption différents.

Le point essentiel, dégagé par A. Desjardins, c'est que la théorie de l'interruption par la demande s'est formée définitivement en même temps que triomphait, au moins partiellement, la théorie canonique sur la nécessité de la persistance de la bonne foi pendant tout le cours de la prescription acquisitive, et que, sous l'empire de cette conception, et sans distinguer entre la prescription libératoire et la prescription acquisitive, les juristes eurent toujours présente à l'esprit cette idée que l'interruption suppose une mise en état de mauvaise foi. Si la demande en justice fut enfin considérée sans conteste comme interruptive, c'est parce qu'en vertu de l'ordonnance de 1539 elle devait être libellée, « la demande et les moyens d'icelle en brief, pour en venir prêt à défendre, par le défendeur, au jour de la première assignation », de telle sorte que le défendeur pouvait être considéré comme mis au courant de son manque de droit et de l'injustice de sa résistance (2).

On peut donc être aujourd'hui assez embarrassé en voyant rejeté par l'article 2269, même pour la prescription acquisitive, le système canonique sur la nécessité de la persistance de la bonne foi, et en voyant en

de la requête adressée au magistrat par le demandeur (*libellus conventionis*), mode usuel d'introduction de l'instance sous la procédure extraordinaire (Accarias, II, p. 773) ; C. 7.39.3 ; 7.39.7, § 1 et § 5.

1. Desjardins, nos 25 et 26.

2. Desjardins, n° 23 et *passim*.

même temps conservée l'interruption de la prescription par la demande.

Mais précisément le maintien de la demande comme acte interruptif malgré l'abandon de la règle canonique, le rejet de la simple sommation comme produisant le même effet (1), et l'adjonction à la demande du commandement et de la saisie, qui déjà dans l'ancien droit avaient été considérés comme interruptifs, mais non sans difficultés, au moins pour le premier (2), enfin la tendance de la jurisprudence moderne à leur assimiler des actes qui ne sont à proprement parler ni assignation, ni commandement, ni saisie, mais qui sont chacun dans les circonstances où ils interviennent, le premier acte utile pour obtenir satisfaction et, point essentiel, ne sont pas signifiés au débiteur et ne peuvent donc être considérés comme le mettant en état de mauvaise foi (3),

1. Elle était mentionnée dans le projet de Code civil, mais en fut retranchée ; Desjardins, n° 41.

2. Desjardins, n° 34 et suiv.

3. La jurisprudence paraît disposée à admettre l'interruption par la production à un ordre ou à une faillite, auxquelles je joindrai pour identité de motif la demande en collocation dans une distribution par contribution. Les arrêts n'ont pas eu à statuer de façon absolument précise sur la question, en ce sens que dans les espèces sur lesquelles ils portaient il y avait eu non seulement production, mais admission au passif de la faillite, ou au règlement provisoire. Mais on trouve dans des motifs : « Attendu qu'il suit de ce que dessus que la demande à l'ordre n'a pas été rejetée et que *cette demande* a valablement interrompu la prescription », Rouen, 5 mars 1856. S. 57.2.742 ; P. 58.319. Voir pour la faillite : Cass., 5 janvier 1864. S. 64.1.85 ; P. 64.488. — Cass., 18 juin 1894. S. 96.1.273 a considéré l'interruption de la prescription comme résultant d'une demande de taxe formée contre un notaire à fin de restitution d'honoraires indûment perçus en se fondant sur ce que « c'était là le préliminaire indispensable et la voie à suivre ». Or la demande de taxe n'est pas signifiée au notaire, dit

tout cela me paraît prouver qu'à la place de l'explication de l'effet interruptif par un changement produit par la demande dans la situation d'esprit du défendeur, s'est développée une autre conception, qui apprécie plutôt les conditions de l'interruption dans la personne du demandeur. Comme je le disais en commençant, les actes interruptifs sont les premiers actes d'une poursuite véritable. (Il est remarquable qu'aucun des actes définitivement admis comme interruptifs n'est un acte dont le seul objet et le seul effet en droit soit d'interrompre la prescription.) Dans ces conditions, exiger pour la conservation du droit que la poursuite soit achevée avant la terminaison du délai d'exercice de l'action, serait en

M. Wahl dans une note où, d'ailleurs, il critique cet arrêt, en niant son caractère de préliminaire indispensable de l'action devant le tribunal, et en affirmant, d'autre part, que seul est interruptif, d'après l'article 2244, un acte signifié. Je ne retiens que le motif donné par la Cour de cassation, et si elle a refusé de voir une interruption dans une citation en référé demandant nomination d'un expert pour constater des désordres dans un bâtiment (Civ. rej., 5 juin 1883. S. 84.1.49 ; P. 84.1.113), on peut dire que cette citation n'est pas le préliminaire obligé de l'action en responsabilité contre l'architecte (Voir la note J.-E. Labbé sous cet arrêt), ce qu'est au contraire la citation en conciliation, interruptive aux termes de l'art. 2245, lorsqu'une assignation la suivant de près permet de la considérer comme une poursuite sérieuse (57. C. Proc.). C'est ainsi encore que la Cour de cassation (27 décembre 1854. S. 55.1.113 ; P. 55.2.301) a attribué effet interruptif à la sommation au tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué, de payer ou de délaisser (2169 C. civ.). — Dans la doctrine, certains auteurs affirment déjà nettement que l'interruption de la prescription ne suppose pas nécessairement une signification au défendeur et c'est bien, je crois, la conséquence logique de cette idée que la demande produit effet interruptif indépendamment de tout examen de bonne ou mauvaise foi. V. Baudry-Lacantinerie et Tissier. *De la prescription*, 2^e éd., p. 302. Cf. J.-E. Labbé, note au *Sirey*, 79.1.441 ; P. 79.1170.

réalité raccourcir d'autant, et dans une mesure souvent impossible à déterminer d'avance, le laps de temps accordé par la loi. La prescription est une institution d'intérêt public, mais encore faut-il que ceux qu'elle menace sachent exactement la durée d'inaction tolérée, et qu'elle ne constitue pas une surprise pour eux.

Ainsi présentée, la demande, en tant qu'interruptive, constitue bien nettement une *mesure conservatoire*. Sans doute tout le monde est d'accord pour lui attribuer ce caractère, mais on n'en construit pas la théorie en fonction de ce caractère, et, n'osant plus guère parler de mise en mauvaise foi par la demande, ne trouvant pas, d'autre part, dans sa nature propre autre chose qu'une invite à comparaitre sous peine d'être jugé par défaut, on s'est rabattu sur sa liaison intime avec le jugement, qui, lui, est un acte d'une puissance considérable et puise dans son propre fond la force de produire une sorte de rajeunissement du droit. Sans doute, cet « effet rétroactif » au jour de la demande, on l'a expliqué par le caractère déclaratif des jugements, mais en réalité, plus ou moins consciemment, n'entendait-on pas par là qu'elle emprunte au jugement sa force d'action ?

Or, il est vrai que la demande et le jugement sont intimement liés, que la demande puise dans le jugement sa force, en ce sens qu'une demande qui n'aboutit pas à un jugement n'est plus rien (l'interruption disparaît au cas de péremption de la demande : article 2247). Mais ceci est précisément en accord avec la doctrine qui fonde l'effet interruptif sur le caractère d'acte de poursuite, car une demande qui ne peut plus amener de jugement ne vaut plus comme acte de poursuite ; une poursuite

arrêtée en chemin n'est plus rien (1). Au lieu qu'elle pourrait valoir encore comme mise en état de mauvaise foi. J'ajouterai que la demande est aussi indispensable au jugement que lui à elle, dans notre droit où le juge ne peut que très exceptionnellement se saisir d'office ; enfin on conçoit mal que le jugement, qui est lui-même le point de départ d'une prescription nouvelle, produise interruption à deux dates différentes.

De la question de l'interruption de la prescription par la demande, je rapproche celle de la *transmission par la demande des actions attachées à la personne*.

Cette transmission, on pouvait à Rome, où elle avait une grosse importance, en raison de l'intransmissibilité des actions nées de délits, surtout à l'époque ancienne, la faire résulter de la *litis contestatio*, comme un effet logique résultant de sa nature propre ; je l'ai montré plus haut. Nos anciens auteurs, dans les hypothèses où cette transmission leur parut convenable invoquèrent naturellement les textes romains (2). L'existence d'une règle générale sur ce point à l'heure actuelle est dis-

1. Si une saisie et un commandement sont considérés, ce qui est fâcheux, comme n'étant pas susceptibles de tomber en péremption, faute de texte (toutefois dans la saisie immobilière, dont les différents actes doivent se suivre à intervalles fixés assez proches : V. 674, 677, 678, etc. C. Proc. ; Cf. art. 565 pour la saisie-arrêt), et par suite l'interruption comme subsistant, ceci peut avoir une justification dans certains cas. Une saisie peut être arrêtée en chemin faute de matière utile à s'approprier, sans laisser supposer négligence ou manque de droit chez le créancier, au lieu qu'une demande, à moins de satisfaction obtenue, doit pouvoir toujours conduire à un jugement.

2. Pothier. *Donations entre vifs*, n° 205, à propos des révocations des donations pour cause d'ingratitude. Ricard. *Donations*, 3^e partie, n° 708 et suiv. : Jugeant favorable une solution moyenne, il utilise les textes pour ne rattacher la transmission qu'à la contestation en cause.

cutée. Certains auteurs voient dans les articles 330 et 957 du Code civil qui permettent aux héritiers de continuer les actions en réclamation d'état d'enfant légitime et en révocation de donation pour ingratitude, des applications d'une pareille règle générale (1), mais leur opinion a été critiquée.

La demande n'ayant point chez nous un effet novatoire comme la *litis contestatio*, il faut examiner dans chacune des hypothèses pour quels motifs et jusqu'à quel point l'action est attachée à la personne, si elle l'est au point de ne pouvoir être même continuée par les héritiers, ou si au contraire dans l'intérêt même du défunt la demande ne doit pas produire un effet conservatoire de l'action.

Il est une première catégorie pour laquelle on peut rejeter d'emblée la continuation par les héritiers : ce sont les actions dont le but essentiel est d'amener un changement dans une situation de fait et de l'assurer en droit. Ainsi l'action en divorce ou en séparation de corps dont l'objet primordial est de mettre fin à la vie commune ; les effets quant à la capacité et quant aux biens ne sont que des conséquences. Voyant ainsi les choses, la mort d'un époux rend l'action sans objet. Ainsi statue l'article 244 nouveau paragraphe 3 du Code civil, confirmant une jurisprudence antérieure (2).

J'écarterai encore la continuation au cas où les héri-

1. Garsonnet. *Traité*, II^e, p. 321 ; Tissier, *au Sirey*, 1911.2.49, et les renvois.

2. Certains auteurs déclarent intransmissible l'action en nullité relative de mariage, pour violence, erreur, ou défaut de consentement (art. 182) comme ayant pour but principal la séparation des personnes. V. les renvois et les critiques dans Planiol, I^e, § 1067, qui objecte que l'action peut avoir des conséquences pécuniaires considérables.

tiers n'auraient pas pour eux-mêmes un intérêt suffisant à exercer l'action. Ainsi peut-être l'action en recherche de filiation naturelle, car la filiation naturelle n'a qu'un seul degré. Dans le cas, du moins, où l'action n'a pas un objet pécuniaire actuel, comme la réclamation d'une succession.

Envisageant maintenant la matière de façon générale, on peut dire que certaines actions sont attachées à la personne parce que leur exercice suppose une appréciation du bien fondé et de l'opportunité qu'une seule personne est censée pouvoir faire. Il s'agit parfois d'actions dont les débats et aussi le succès peuvent révéler des faits fâcheux et apporter le trouble dans des familles, tels l'action en désaveu ou en recherche de filiation naturelle, ou encore, comme les actions pour injure, diffamation ou dommage moral (2), qui, en tant qu'elles amènent une condamnation pécuniaire, ne réparent que très imparfaitement le mal causé, ce que ne peut faire, dans une certaine mesure, que la proclamation par jugement de l'honorabilité de l'offensé et le blâme infligé au coupable. Mais cette satisfaction, appréciée diversement par chacun, seule la victime peut juger si elle la désire. En définitive, certaines actions sont attachées à la personne soit parce que, en raison du trouble qui en résulte, la loi, ne pouvant les refuser entièrement, ne les a accordées qu'à la personne la plus directement intéressée, soit parce que, s'agissant d'un dommage tout personnel, et

1. Planiol, I, § 1370.

2. En laissant de côté la question de savoir si l'héritier ne peut pas être considéré comme souffrant en sa personne du dommage causé à son auteur ou des diffamations lancées contre lui.

d'ailleurs difficilement appréciable en argent, la réparation n'existe que lorsqu'elle réalise une satisfaction également personnelle, dont seule la victime peut apprécier l'utilité et l'opportunité : tel est le dommage causé par injure, diffamation, ingratitude. Dans les cas du second type, le caractère personnel paraît plus accentué que dans le premier, où il résulte en partie de considérations externes, étrangères justement, à la personne. Toutefois, et même sans distinguer les deux séries d'hypothèses, on peut dire que le caractère personnel ne se présente pas dès l'abord comme un principe, mais bien plutôt comme la résultante de considérations diverses dont certaines sont de pures considérations d'opportunité. J'en conclus qu'une solution rigide ne s'imposera pas mais que, suivant les hypothèses, l'action sera plus ou moins attachée à la personne. C'est ainsi que dans deux cas où le Code civil décide en cette matière, la recherche de la maternité légitime (329, 330) et la révocation des donations pour cause d'ingratitude (957), l'action dans certaines hypothèses peut être introduite par les héritiers. Ceci fait déjà comprendre comment il est possible que des actions considérées comme attachées à la personne soient continuées par des héritiers, lorsqu'ils y trouvent quelque avantage.

Mais il y a plus. Si l'exercice de l'action est restreint à une seule personne, qui se trouve ainsi comme un *contradictor légitime* (1), encore faut-il qu'elle l'ait plei-

1. C'est également pour des raisons d'opportunité que, dans la première partie, nous avons vu, non pas toujours l'action réservée à une seule personne mais la chose jugée avec une personne, *contradictor légitime*, ne pouvoir être remise en question par les autres intéressés. C'est pour éviter le renouvellement des mêmes procès.

nement. Et de même que ce serait raccourcir dans une mesure, d'ailleurs indéterminable, le temps de silence accordé par les lois, que d'exiger l'obtention d'un jugement avant l'expiration du délai de prescription, de même ce serait, ne pas laisser l'entière jouissance de l'action qui disparaît par la mort, que de la vouloir terminée avant celle-ci (1).

Cette idée peut justifier la continuation de l'action dans des hypothèses où autrement on le pourrait difficilement : Néanmoins il y a des cas où j'hésite à l'admettre : ainsi pour l'action en nullité relative de mariage qui appartient à l'ascendant dont le consentement était requis (art. 182) et n'a pas été obtenu : bien qu'instituée dans l'intérêt du mineur cette action est l'exercice de la puissance paternelle et peut-être, en partie, une sanction de sa méconnaissance. En laissant de côté la question de la dévolution d'un ascendant à un autre (2), je ne crois pas qu'un autre que l'ascendant ait qualité même pour continuer l'action.

Au contraire, la continuation ne souffrira aucune difficulté quand il s'agira d'un intérêt purement pécuniaire : par exemple, l'article 9 § 3 de la loi du 9 décembre 1903, répété en termes un peu différents par la loi du 13 août 1908, article 3, réserve aux donateurs et à leurs héritiers en ligne directe les

1. Ont ainsi admis la continuation de l'action par les héritiers : Lyon, 4 janvier 1910. D. 1910.2.257, pour l'action en recherche de la maternité naturelle que la jurisprudence considère comme attachée à la personne (Cass. 3 avril 1872. S. 72.1.126. P. 72.289. V. Planiol, I^{er}, § 1516) ; Montpellier, 22 décembre 1825, P. et S. chr, pour l'action d'injures. Il y avait eu contestation en cause, mais celle-ci n'a certainement pas d'intérêt aujourd'hui à ce point de vue.

2. Planiol, I, §§ 1073, 1076.

actions en *reprise* (la deuxième loi, interprétative, précise de quelles actions il s'agit) de biens donnés aux établissements publics du culte supprimés. La pensée du législateur est beaucoup moins de voir dans les donateurs et leurs héritiers en ligne directe une aptitude particulière à exercer l'action et à discerner son opportunité, que d'accorder le droit de « reprise » à un petit nombre de personnes seulement. Il a pris dans la grande liquidation à opérer, un parti moyen. Il n'a pas refusé entièrement la reprise, mais en a limité l'exercice. Mais au moins, les personnes qui l'ont, doivent-elles l'avoir pleinement et jouir du délai entier : jusqu'à la mort (1).

C'est à tort qu'on parle de la transmission *passive* en même temps que de la transmission *active*, laissant croire que le problème est exactement le même. C'était vrai à Rome où la plupart des actions intransmissibles, celles nées de délits, n'étaient envisagées qu'au point de vue pécuniaire. Chez nous il faut distinguer. Mais la question est bien plus simple que celle de la transmissibilité active. En tant qu'il s'agit d'une peine, les peines étant personnelles, il n'y a pas de continuation possible. En tant qu'il s'agit de réparation pécuniaire, ou, d'une façon générale, d'objet pécuniaire, il y a transmission contre l'héritier, tenu des dettes du défunt. Si l'objet n'est pas pécuniaire, l'héritier ne peut être poursuivi en tant qu'héritier, mais seulement s'il est lui-même contradicteur légitime à l'action. Il peut en

1. Ainsi jugé par Poitiers, 29 décembre 1909, en faisant toutes réserves avec la note de M. Tissier sur le point de savoir si dans l'espèce l'action avait été mise en mouvement. S. 1911.2.49.

résulter, dans certains cas, pour le demandeur, des difficultés après la mort du contradicteur légitime, pour en trouver un autre : ainsi en cas de désaveu(1). Mais dans ces deux séries différentes de cas, ce qu'il faut bien voir, c'est que la situation est exactement la même que l'action ait été introduite ou non contre le défunt : Les actions à but pécuniaire peuvent aussi bien être introduites contre l'héritier que continuées ; les autres ne pourront pas davantage être continuées qu'introduites contre lui, s'il n'est pas lui-même contradicteur légitime. On conçoit toutefois des discussions pour savoir, dans telle hypothèse donnée, s'il s'agit d'une peine ou d'une réparation pécuniaire, ou même pour savoir si les peines pécuniaires qui, une fois prononcées, sont transmissibles passivement, ne peuvent pas être poursuivies, une fois l'action mise en mouvement contre les héritiers acceptants. Mais la solution doit être cherchée dans le caractère des peines pécuniaires, que je n'ai pas à examiner ici.

L'idée de conservation de l'action par la demande porte naturellement à songer au problème suivant :

Lorsqu'une loi nouvelle vient à supprimer une action qui était accordée par la loi antérieure, le fait que la demande a été introduite avant la mise en

1. Voir la note de M. Lyon-Caen sous Civ. Cass. 18 mai 1897. S. 97.1.433, qui déclare que l'action peut être continuée. L'expression « contradicteur légitime » que j'emploie pour la deuxième fois, sans pouvoir plus que la première fois étudier à fond la question, a ici un sens plus restreint, mais, il me semble, se justifie d'elle-même : Pour défendre comme pour demander à un procès aussi strictement familial que le désaveu ou la recherche de filiation, en dehors de tout intérêt pécuniaire actuel, il faut être parent tout proche.

vigueur de la loi nouvelle fait-il échapper l'action à cette suppression ?

Il importe de bien poser la question : Par hypothèse il s'agit de droits qui sont valablement nés et ont été correctement constitués sous l'empire de la loi ancienne ; seulement leurs titulaires n'ont pas encore obtenu la jouissance de fait de l'objet du droit. C'est un propriétaire dont le bien est entre les mains d'un tiers ; c'est un créancier non encore payé. Il ne s'agit pas, par une loi expressément rétroactive ou par une loi interprétative, de faire que droit ne soit pas valablement né, ne réunisse pas les éléments nécessaires à son existence juridique ; il s'agit, ce qui revient d'ailleurs pratiquement au même dans la majorité des cas, de décider qu'il ne pourra plus être exercé. Sa naissance n'est pas contestée, mais il est maintenant privé de toute efficacité : il ne pourra plus être invoqué devant les tribunaux : le détenteur gardera le bien, le débiteur n'aura pas à payer.

Seulement, il y a cette différence que, dans le cas d'une loi rétroactive ou interprétative, il ne peut guère être question d'une conservation de l'action par son introduction, la demande étant faite en vertu d'un droit qui est censé n'avoir jamais existé au lieu que dans notre hypothèse, un pareil effet est concevable, puisque le droit existait à cette époque avec sa plénitude d'exercice.

Peut-être voudra-t-on qualifier de *rétroactive* une loi semblable qui frappe de mort un droit valablement né. Cependant envisageant les situations de fait, — c'est le point de vue auquel je me placerai — elle n'entraîne jamais de changement ; les choses restent en l'état. Le

propriétaire en possession ne se verra pas dépouillé, créancier qui a touché ne devra pas restituer comme ayant reçu l'indû, au contraire de ce qui aura lieu dans le cas d'une loi véritablement rétroactive.

La question de l'effet de la demande s'est posée récemment à propos de l'article 9 de la loi du 9 décembre 1903, disposition reproduite par la loi du 13 avril 1908, dans le paragraphe 14 qu'elle a ajouté à l'article 9 précité (1), qui enlève aux héritiers en ligne collatérale des auteurs de libéralités faites à l'État, aux communes et établissements publics autres que les établissements publics du culte supprimés par la loi de Séparation, grevées de charges que la loi de séparation ne leur permet plus d'exécuter, le droit d'exercer l'action en « reprise », droit qu'ils avaient en vertu des règles antérieurement existantes (2). Faut-il considérer l'introduction de l'action en reprise par un collatéral avant la mise en vigueur de la loi de 1903 comme ayant conservé l'action à son profit ? La cour d'Orléans, le 3 mars 1909, l'a affirmé (3).

Mais la Cour de cassation, le 17 février 1896 (4), à propos de l'article 5 de la loi du 1^{er} août 1893 modifiant l'article 42 de la loi du 24 juillet 1867, sur les sociétés, qui, tel que l'interprétait la jurisprudence, établissait

1. « L'action en reprise... ne peut être exercée que par les auteurs des libéralités et leurs héritiers en ligne directe ».

2. Il paraît certain que, quant à ces libéralités et l'action en reprise qui leur est afférente, la loi de 1908 n'est pas rétroactive. V. la note de M. Tissier, S. 1909.2.153 ; c'est à tort que la cour de Poitiers 1^{er} mars 1909 (ibid.) a jugé le contraire.

3. S. 1909.2.153. Dans le même sens la note de M. Tissier et les renvois.

4. Civ. rej. S. 96.1.257.

pour le cas d'annulation de la société anonyme à raison de l'inobservation des conditions exigées pour sa formation, une responsabilité solidaire à l'égard des tiers, des fondateurs et administrateurs en fonction au moment où la nullité a été encourue, même au cas où l'annulation n'aurait causé aux tiers aucun dommage, a jugé le contraire. Elle a décidé que la loi du 1^{er} août 1893 qui restreint cette responsabilité solidaire au dommage résultant de l'annulation, s'appliquait à des faits antérieurs alors même que l'instance aurait été introduite avant la mise en vigueur de cette loi. Elle n'en a donné pour motif que celui-ci : En vertu de l'article 7 (1) de la loi de 1893, l'article 42 tel que cette loi le modifie, s'applique aux sociétés déjà constituées sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867. En réalité, comme le dit dans sa note M. Lyon-Caen, elle ne résoud pas la difficulté à proprement parler.

Il semble que ces deux décisions contraires, qui ne sont sérieusement motivées ni l'une ni l'autre, ont été inspirées par un sentiment d'équité : Désir de ne pas étendre trop la destruction de droits valablement nés ; désir de restreindre le plus possible une responsabilité exagérée.

Que faut-il décider en droit ? La doctrine en général paraît admettre l'effet conservatoire (2). Elle donne pour arguments les maximes générales que j'ai critiquées plus haut, sur les effets de la demande ; elle rappelle les effets de la *litis contestatio*.

1. « Les dispositions de l'article 8 et celles de l'article 42 s'appliquent aux sociétés déjà constituées sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867. »

2. Voir les notes précitées de MM. Tissier et Lyon-Caen et les renvois.

Quels sont les intérêts en présence ? D'une part un individu qui, évidemment a intérêt à conserver son droit. De l'autre une loi nouvelle, réputée, comme toute loi nouvelle, préférable à l'ancienne et qui représente l'intérêt général. Or, puisque, par hypothèse, la loi nouvelle rend inutiles des droits valablement nés, l'individu pourra paraître mal venu à prétendre échapper à la destruction alors qu'elle est subie par les autres, par le seul motif qu'il a fait preuve de plus de diligence, ce qui n'est d'ailleurs pas certain, car son droit pouvait être plus ancien que le leur. Et puis, si l'on parle de diligence, de lenteurs de la justice, on peut tout aussi bien dire, dans nos pays où les lois sont élaborées et discutées publiquement par le parlement, que l'intérêt général souffre des lenteurs de la procédure législative. Peut-être, averti par les projets de loi et leur discussion, l'individu s'est-il hâté d'introduire sa demande pour échapper à la loi nouvelle. Il pourrait arriver ainsi que celle-ci ne trouvât plus de cas où s'appliquer.

En réalité il y a là une question de mesure, et une question d'espèces. J'ai voulu montrer que les motifs sur lesquels j'ai fondé jusqu'ici l'effet conservatoire de la demande ne trouvent pas dans l'hypothèse actuelle aussi libre jeu et qu'il faut compter avec d'autres considérations. Il ne s'agit plus d'apprécier l'activité et la diligence des particuliers sous l'empire, à l'intérieur d'une loi demeurée invariable : Il y a un conflit, une course au plus rapide entre les particuliers et le législateur. Qui l'emportera ? Le législateur, évidemment, s'il le veut : Il peut bien faire des lois pleinement rétroactives ; *a fortiori* peut-il imposer celles-ci qui ne le

sont que de façon atténuée. Le problème se ramène donc à une question d'interprétation législative (1). Mais au cas, fréquent, où le législateur n'a rien dit et n'a même pas songé à la question, comment peut-on fonder une règle générale ?

J'ai indiqué la situation : Il s'agit de faire une sorte de liquidation, et, parmi des droits *tous valablement nés*, de reconnaître l'efficacité des uns et de détruire celle des autres. Pour faire ce choix, ayant bien en vue qu'il faut à la fois assurer à la loi nouvelle un effet utile et produire dans la société le trouble le moins considérable possible, le meilleur parti paraît être de distinguer entre ceux qui ont déjà obtenu la jouissance de fait de l'objet de leur droit et ceux qui ne l'ont pas encore acquise. Il y a plus grande difficulté, on risque protestation et résistance plus vigoureuse à forcer quelqu'un à rendre qu'à l'empêcher de prendre ce qu'il n'a pas encore.

A ceux qui ont obtenu la jouissance de fait — le propriétaire qui a obtenu la possession, le créancier qui a touché la somme dûe, — il faut ajouter ceux qui ont obtenu un jugement passé en force de chose jugée. En effet, un jugement, rendu conformément à la loi en vigueur au moment de son prononcé ne peut être cassé, de ce chef, pour violation de la loi (2), et l'autorité de

1. Et c'est peut-être la pensée des rédacteurs de l'arrêt de Cass. 17 février 1896 précité, rendu à propos de l'article 42 de la loi des sociétés : Ils ont pu considérer l'article 7 de la loi de 1893 qui déclare l'article 42 nouveau, applicable aux sociétés antérieures, comme une manifestation de la volonté du législateur de régler d'après la loi nouvelle toutes les affaires non encore terminées.

2. V. Cass. crim. 19 juin et 20 juin 1885. S. 86.1.45, qui trouvent d'ailleurs moyen d'appliquer quand même la peine plus douce de loi

la chose jugée empêche qu'un autre soit rendu sur le même point (1). Mais que dire de celui qui a obtenu un jugement bien rendu conformément à la loi ancienne, si une deuxième décision, sur opposition ou appel, intervient après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle? Les nouveaux juges pourront-ils profiter de ce que l'affaire revient devant eux et de ce qu'ils peuvent, et doivent, au moins dans la mesure où appel a été interjeté, l'examiner en fait comme en droit, pour appliquer la loi nouvelle? Il faudrait d'abord savoir pour répondre avec assurance, quel est le caractère des instances sur opposition et appel. Sont-elles une continuation de la première instance, un second acte du même procès ou bien de véritables recours conduisant à un jugement du jugement? Au deuxième cas la loi nouvelle ne peut certainement être appliquée, un jugement bien rendu ne pouvant être réformé. La distinction bien établie entre les voies de recours dites « ordinaires » et le pourvoi en cassation, précisant chez ce dernier le caractère de jugement du jugement, paraît dès l'abord attribuer aux deux autres le premier caractère. Mais logiquement une voie de recours n'en est pas moins une attaque dirigée contre le jugement, et la deuxième

nouvelle, bien qu'ils refusent de casser l'arrêt, mais en s'appuyant sur des textes spéciaux à la matière et sur le caractère suspensif du pouvoir en matière criminelle.

1. Un jugement passé en force de chose jugée sera aussi à l'abri d'une loi interprétative : Cass. 13 brumaire an IX, avec conclusions de Merlin ; Cf. Conseil d'Etat, 12 janvier 1812. P. et S. chr., et, pour la même raison, d'une loi proprement rétroactive : car, le jugement subsistant de toute façon, si un nouveau était rendu, on pourrait se trouver en présence de deux décisions contraires également exécutoires.

décision n'en opère pas moins un contrôle et, le cas échéant, une annulation de la première, parce que l'affaire est examinée par les seconds juges en fait aussi bien qu'en droit. Sans doute, lorsque la demande a été rejetée par la première décision et que les seconds juges considèrent qu'elle aurait dû être admise, la chose jugée n'existe que lors de la deuxième décision et, dans l'hypothèse qui m'occupe, la loi nouvelle sera applicable puisqu'elle est entrée en vigueur avant toute chose jugée et par hypothèse avant prise de possession. Mais si les seconds juges sont du même avis que les premiers, qui ont admis la demande, je suis porté à considérer comme inapplicable la loi nouvelle survenue dans l'intervalle ; car la première décision constituait une chose jugée susceptible d'acquiescer par l'expiration des délais de recours ordinaires une autorité égale à celle des décisions en dernier ressort, et la survenance d'une deuxième décision conforme n'empêche pas qu'elle ait constitué chose jugée. Cela est sensible surtout pour le jugement susceptible d'appel, et la possibilité de faire valoir en appel des moyens nouveaux et même exceptionnellement des demandes nouvelles, qui paraît signaler une continuation de la première instance et comme un deuxième acte de la même pièce, ne peut valoir à l'encontre du caractère déjà parfait du premier jugement, parfait et efficace, sans doute, sauf réforme, mais la réforme n'a lieu que sur attaque, et constitue nécessairement un jugement du jugement. L'admission des moyens nouveaux et parfois des demandes nouvelles, fondée directement sur des motifs d'utilité pratique, intimement liée au droit pour le juge d'appel d'examiner à nouveau l'affaire en fait

comme en droit, ne me paraît pas avoir une portée plus grande que ce pouvoir du juge d'appel, et j'ai dit que ce dernier n'excluait pas l'idée de jugement du jugement.

Pour l'opposition, le problème est plus délicat. Alors même que la jurisprudence n'admettrait pas l'idée qu'on lui attribue, que l'opposition anéantit complètement le jugement par défaut (1), il n'en est pas moins

1. Glasson et Tissier, *Proc. civ.*, I, p. 651. Parmi les arrêts de cassation qu'on cite comme étant l'expression de cette théorie, celui du 21 août 1832, P. chr., ne fait qu'appliquer les effets normaux de l'opposition : le nouveau jugement peut être contraire au premier ; dans celui du 6 mars 1889, S. 89.1.198, il est dit simplement que le demandeur primitif peut, sur opposition, modifier ses conclusions pour augmenter ou diminuer l'étendue de sa demande ; dans l'arrêt du 23 novembre 1881, S. 82.1.113, il s'agit de justifier le rapport du jugement déclaratif de faillite au cas où les créanciers ont été satisfaits, ce que la jurisprudence fait d'ailleurs aussi sur appel, et le motif tiré de l'effet destructeur de l'opposition n'est, je crois, qu'un prétexte : sur quoi je m'expliquerai dans un chapitre spécial. Il est d'ailleurs parfaitement vrai que l'opposition, comme l'appel, remet tout en question, puisqu'elle peut amener un jugement contraire au premier ; il est vrai aussi que les arrêts se sont parfois contentés trop facilement de ce motif, par exemple en vue du rapport du jugement déclaratif de faillite, comme aussi dans un arrêt de Civ. cass., 3 février 1892, S. 92.1.141 où a été déclarée nulle une saisie-arrêt faite en vertu d'un jugement frappé d'opposition, alors qu'il faudrait se demander si l'opposition suspend complètement l'exécution ou bien permet encore d'accomplir des actes conservatoires, bien que fondés sur le jugement, ce qui ne peut être décidé d'emblée, et d'autre part si la saisie-arrêt est un acte conservatoire. Mais la jurisprudence n'admet pas l'anéantissement du jugement frappé d'opposition, puisqu'elle laisse subsister l'inscription de l'hypothèque judiciaire prise avant l'opposition (Pau, 27 juillet 1898, S. 98.2.272 ; Montpellier, 25 février 1909, S. 1910.2.110). Il ne va d'ailleurs pas de soi, pour cela, étant donné l'effet suspensif du recours, que les actes d'exécution soient encore possibles après l'opposition, alors même qu'on les qualifierait de conservatoires (Paris, 15 juin 1904, *Gaz. des Tribunaux*, 5 août 1904). Il faut donc faire des

vrai qu'en fait les jugements par défaut sont rendus souvent sans grand examen de la cause, et en tout cas sans le débat contradictoire qui garantit le mieux possible la connaissance de cause : pour quoi le condamné opposant garde à l'instance nouvelle sa situation de défendeur, au lieu que l'appelant prend le rôle de demandeur attaquant le premier jugement. Et l'on peut se demander si le jugement par défaut, frappé d'opposition, conserve réellement quelque valeur de chose jugée. Pourtant, en droit, le demandeur ne doit obtenir gain de cause que si ses « conclusions se trouvent justes et bien vérifiées » (150, C. Proc.) ; le jugement par défaut non attaqué dans les délais, constitue chose jugée comme un jugement contradictoire.

En somme, puisque la question, à mon avis, se pose seulement au cas de jugement ou d'arrêt confirmant la première décision, il est difficile d'admettre qu'une décision bien rendue et qui était susceptible de constituer telle quelle une décision définitive, ne forme pas chose jugée, et si elle forme chose jugée, un juge, même supérieur, doit la respecter. Argumenter du pouvoir du deuxième juge d'examiner, dans la mesure du recours, l'affaire dans toute son étendue, c'est supposer le problème résolu, et celui-ci se pose certainement : que l'exercice d'un recours suspende l'exécution, c'est fort raisonnable, mais je ne comprends pas, sans plus, comment une décision de justice, bien rendue, serait censée n'avoir jamais existé. Il faudrait pour cela une

distinctions. Je me contente ici de constater que la jurisprudence n'admet pas comme un principe dominant l'effet destructeur de l'opposition.

fiction et une fiction ne peut se justifier que par une nécessité pratique évidente.

Je conclus que la loi nouvelle n'est pas applicable : elle vient trop tard, se trouvant en présence d'une chose jugée qui ne peut être réformée comme erronée (1).

Il paraîtra choquant de faire une différence entre le cas où le premier jugement a été bien rendu et celui où la deuxième décision admet la demande qu'avait rejetée la première. Le demandeur va souffrir préjudice de l'erreur du premier juge. Il serait en effet équitable d'assimiler les deux hypothèses : mais en droit il est impossible de faire produire à une décision négative et

1. *Contra*. J.-E. Labbéau *Sirey*, 1886.2.1, § III, critiquant des arrêts rendus dans mon sens. Je signalerai un arrêt de cassation du 24 décembre 1889. S. 91.1.455, rendu non à propos d'une loi nouvelle mais d'un jugement déclaratif de faillite. D'après la jurisprudence, l'action en résolution du vendeur de meubles, à l'encontre de la masse, disparaît en même temps que son privilège et sa revendication en vertu de l'article 550 du Code de commerce. Dans l'espèce, la demande en résolution avait été introduite et un jugement par défaut était intervenu en faveur du demandeur avant la déclaration de faillite. Je considère la situation comme analogue à celle étudiée au texte : Comme la loi nouvelle, la déclaration de faillite rend inutile le droit qui auparavant pouvait être exercé et il faut savoir qui est arrivé le premier. La faveur dont jouit chez nous l'idée d'égalité entre créanciers du failli peut correspondre aussi à la faveur dont bénéficie la loi nouvelle, pour faire pencher la balance et ne pas faire attribuer à la demande un effet conservatoire. La Cour d'appel disait que l'opposition, faite en temps utile par le syndic de la faillite, avait eu « pour résultat de suspendre l'effet de cette décision, de telle sorte qu'il n'en pourrait résulter un droit acquis qu'après le jugement de l'opposition définitivement rendu entre les parties ». La Cour Suprême cassa, « attendu que, d'après les règles du droit, c'est au jour où cette demande a été introduite que le juge doit se placer pour en apprécier les mérites », motif qui ne peut être le mien, d'après les considérations que j'ai développées.

réformée dans la suite, l'effet positif de fonder une situation juridique qu'elle refusait de consacrer.

II. — Les fruits et les intérêts

A. — *Les fruits*

Les Romains en cette matière avaient donné satisfaction directement au sentiment d'équité qui porte à ne pas faire souffrir le demandeur des lenteurs du procès, sans chercher à présenter la dette des fruits intérimaires comme une application de la théorie générale de l'acquisition des fruits. Anciennement, dans les actions réelles, le défendeur fut contraint pour conserver la possession, de garantir, d'abord par des cautions, *prædes litis et vindiciarum*, puis par un engagement personnel, la remise à l'adversaire gagnant non seulement de la chose, mais des fruits intérimaires (1). Plus tard, lorsque la mauvaise foi fut prise en considération pour déterminer la dette des fruits à la charge du possesseur, dans les actions personnelles (2) et réelles, la *litis contestatio*, on l'admet généralement, produisait à l'époque classique des effets différents à l'égard du possesseur de bonne foi et du possesseur de mauvaise foi, constituant le deuxième en demeure, s'il n'y était déjà, mais non le premier, qui ne devait que

1. Girard. *Manuel*, 5^e éd. p. 337.

2. Papinien, au D. 22.1.2. « Vulgo receptum est, ut, quamvis in personam actum sit, post litem tamen contestatam causa praestetur : Cujus opinionis ratio redditur quoniam, quale est cum petitur, tale dari debet, ac propterea postea captos fructus partumque editum reddi oportet ».

les fruits qu'il avait perçus lui-même ou qu'il aurait pu percevoir et non tous ceux que le demandeur aurait perçus (1). La bonne foi était donc considérée comme pouvant subsister après la *litis contestatio* et la dette des fruits ne pouvait s'expliquer toujours par la survenance de la mauvaise foi. J'ajouterai que dans les actions de droit strict, où la *mora* ne rendait pas comptable des fruits, on admit, en droit relativement récent, qu'ils seraient dûs après la *litis contestatio* (2) : Là encore on ne pouvait l'expliquer comme une conséquence de la mauvaise foi, sans effet dans cette hypothèse.

Il y a, il est vrai, au *Digeste*, un texte d'Ulpien relatif à la pétition d'hérédité (3), d'après lequel tous les possesseurs devraient être considérés, après la *litis contestatio*, comme des possesseurs de mauvaise foi ; mais on admet généralement aujourd'hui qu'il reproduit un système vieilli, ou peut-être des règles relatives à une matière spéciale (*usucapio pro herede* ?) (4) Toujours est-il que nos anciens auteurs adoptèrent fréquemment cette manière de voir ; on la trouve chez Bourdin, sur l'article 94 de l'ordonnance de Villers-Cotterets (5) ; chez du Rousseaud de Lacombe, qui

1. Girard, p. 345. note 2. Julien : D. 50.17.63, ajouter D. 6.1.36.1.

2. Paul, D. 22.1.38.7.

3. D. 5.3.25.7. « Post litem contestatam, omnes incipiunt malæ fidei possessores esse... post motam controversiam omnes possessores pares fiunt et quasi praedones tenentur. »

4. Girard, p. 345, note 2. N'est-il pas probable que l'ancienne promesse expresse de restituer les fruits, dans les actions réelles, était la même pour tous les possesseurs et leur imposait une obligation d'étendue identique ?

5. Paraphrase sur l'ordonnance de 1539 : traduction par Fontanon, 1606, p. 225. Dans une addition sur cet article, Fontanon s'exprime de même.

invoque le texte d'Ulpien (1) ; chez Pothier : « Ce possesseur cesse d'être désormais possesseur de bonne foi, étant censé instruit du droit du demandeur, par la copie qu'il a donnée de ses titres en tête de son exploit : Il est, outre cela, par cette demande, constitué en demeure de rendre l'héritage revendiqué. » (2) Ce qui d'ailleurs n'était pas sans gêner (3) pour admettre, ce qu'on sentait nécessaire, que les fruits cessaient d'être dûs en cas de péremption d'instance.

Mais aujourd'hui on est en général d'accord pour reconnaître que le défendeur n'est pas mis nécessairement par la demande en état de mauvaise foi, et qu'on ne peut le considérer comme tel par cela seul qu'il a perdu son procès (4). Souvent à la fois les plaideurs et les juges sont embarrassés, pour savoir de quel côté est le droit, et c'est un principe que la résistance à une demande de justice n'engage pas à elle seule la responsabilité du défendeur.

On explique alors la dette de fruits par la rétroactivité des jugements au jour de la demande et en disant que le demandeur ne doit pas souffrir des lenteurs de la justice : On trouve cette idée dans certains arrêts (Cass., 2 avril 1878. S. 79.1.261, et 4 juillet 1882. S. 83.1.105). Pourtant il y en a d'autres qui parlent encore de mise en état de mauvaise foi (Cass., 11 janvier 1887. S. 87.1.225) : Ce n'est pas très étonnant, car c'est une for-

1. *Recueil de Jurisprudence civile*. V^o *Fruits*, section I, n^o 2.

2. *Traité du domaine de propriété*, n^o 341.

3. Fontanon sur Bourdin, *loc.cit.* ; V. Brillou, *Dictionnaires des arrêts*, v^o *Fruits*, n^o 23.

4. Aubry et Rau, II⁴, p. 274, n. 24. Baudry-Lacantinerie et Chauveau : *Des biens*, 2^e éd. § 324. Planiol, I³ § 2300.

mule employée depuis des siècles et qui dans la plupart des cas n'a pas d'inconvénients. Cependant on est surpris de la trouver dans un arrêt de Cassation du 8 mars 1852 (1), cassant un arrêt qui n'avait alloué les fruits que du jour de la signification d'un arrêt d'appel, en se fondant sur ce que l'annulation du titre du possesseur n'avait eu lieu qu'après de longs débats en première instance et en appel, d'où il concluait — appréciation des juges du fait — à la persistance de la bonne foi jusqu'à la signification de l'arrêt d'appel : La mauvaise foi, non constatée en fait, ne pouvait donc être déclarée qu'en vertu d'une présomption légale de mauvaise foi du défendeur, qu'on se refuse aujourd'hui généralement à admettre et qui est inacceptable.

Comment alors expliquer la dette des fruits perçus après la demande ? Ce ne peut être par le caractère déclaratif du jugement : celui-ci ne signifie autre chose que l'existence antérieure du droit : mais le droit existe aussi avant la demande. Pas davantage par l'idée d'un effet rétroactif du jugement : Ce n'est pas une explication mais simplement une formule, car il n'est pas du tout évident que ce soit le jugement qui crée la dette des fruits, malgré sa liaison intime avec la demande.

Il faut voir tout simplement de quoi il s'agit : C'est évidemment d'une mesure conservatoire. Le défendeur reste en possession : Il a l'avantage fort appréciable de plaider saisi. Mais en retour il est juste de lui imposer l'obligation, pour le cas où il perdra son procès, de mettre de côté les fruits de la chose pour les restituer avec celle-ci au demandeur : Il est prévenu que

1. P. 52.1.83. S. 52.1.497.

sa situation est contestée, que peut-être il sera condamné à délaisser et déclaré avoir joui sans droit : Il n'y a rien d'exorbitant à lui imposer cette obligation de conserver et de rendre : C'est ce qu'avaient fait les anciens Romains en exigeant du défendeur promesse de restituer les fruits intérimaires : ils avaient ainsi pourvu directement au besoin ressenti. On peut même lui imposer l'obligation de jouir avec quelque soin : Il a, en plaissant saisi, un avantage assez considérable : c'est pourquoi, il est condamné à restituer non seulement les fruits qu'il a perçus, mais la valeur de ceux qu'il a négligé de percevoir (1).

La dette des fruits, ainsi comprise, se présente comme un effet de la demande en tant qu'acte de poursuite, tout de même que l'interruption de la prescription. Pour cette dernière la chose était rendue plus sensible par ce fait que d'autres actes de poursuite absolument indépendants du jugement produisent le même effet que la demande, d'après des textes indiscutables. Pour la dette des fruits il n'est pas question d'ordinaire d'un autre acte de poursuite la faisant courir : Ceci s'explique parce qu'à l'encontre d'un tiers possesseur le revendiquant, par hypothèse, n'a pas de titre lui permettant d'agir sans jugement, et par suite la demande est le seul acte constituant l'ouverture d'une poursuite, acte qu'on peut exiger du demandeur pour imposer au possesseur cette obligation assez grave de conserver les fruits.

Ceci n'empêche pas d'ailleurs que les fruits ne puissent être dûs par suite de la mauvaise foi.

1. Cass., 4 juillet 1862. S. 83.1.105.

B. — *Les intérêts moratoires de sommes d'argent*

Le Code civil, dans sa rédaction première, attribuait à la seule demande en justice le pouvoir de faire courir les intérêts moratoires de sommes d'argent. Il y avait là un effet particulier de la demande, qu'on justifiait d'ordinaire en disant qu'elle met le débiteur en demeure. Mais alors pourquoi la sommation ordinaire, qui, par ailleurs, met en demeure, ne faisait-elle pas courir les intérêts moratoires de sommes d'argent? Sans expliquer pour quelle raison l'article 1153 ne parlait que de la demande, on critiquait cette restriction et la loi du 7 avril 1900, modifiant cet article, a remplacé le mot demande par le mot sommation. On peut donc supposer maintenant que la demande fait courir les intérêts moratoires en tant que sommation — évidemment elle peut être considérée comme constituant une sommation de payer et les arrêts, aujourd'hui où l'article 1153 ne parle plus de la demande, peuvent très bien argumenter *a fortiori* de l'effet attribué par lui à la sommation (1) — mais encore faut-il rechercher, s'il en est ainsi, comment on doit se représenter son action.

Je dirai d'abord, pour débayer le terrain, comment il s'est fait que le Code civil ait exigé une demande en justice pour faire courir les intérêts moratoires. Il a tout simplement conservé telle quelle une solution de l'ancien droit où elle avait sa raison d'être. Tout d'abord, lorsque nos anciens auteurs parlent de la mise en demeure, c'est « l'interpellation judiciaire », c'est-à-

1. Cass., 21 juillet 1909. S. 1910.1.113.

dire proprement, la demande en justice, qu'ils citent comme la réalisant. « Ordinairement, dit Pothier, le débiteur ne peut être mis en demeure que par une demande en justice que le créancier forme contre lui, à ce qu'il soit tenu de faire ce qu'il a promis, sinon qu'il soit condamné en des dommages et intérêts (1). » Toutefois il eût été étrange que la mise en demeure ne pût résulter d'actes tels que le commandement et la saisie, faits en vertu d'un titre exécutoire, et qui dispensent d'une poursuite judiciaire, sauf au débiteur à soulever le débat : Aussi Pothier cite-t-il ailleurs expressément le commandement comme mettant en demeure (2).

Mais, pour les obligations de sommes d'argent, une demande en justice était exigée de façon beaucoup plus nette et plus rigoureuse : « La demande et interpellation judiciaire, dit Brodeau, est le germe de l'intérêt du prêt entre majeurs, sans laquelle il ne peut être produit, suivant l'article 60 de l'ordonnance d'Orléans et l'article 11 de l'édit du mois de janvier 1563 contenant la création des juges consuls et marchands, comme étant la loi et condition naturelle du prêt à l'égard de ceux qui ne veulent pas aliéner le principal de leur argent, le baillant à constitution de rente ; et la protestation n'est qu'un acte préparatoire pour conserver le droit de l'action en l'état qu'elle est, laquelle n'opère et ne sert de rien si elle n'est pas réduite à effet par le moyen d'une demande précise et formelle faite en jugement, non plus qu'une protestation d'appe-

1. Pothier. *Traité des obligations*, n° 146. Cf. *Rép. de Guyot-Merlin*, V° *Demeure*.

2. *Op. cit.*, n° 663.

ler ou de se pourvoir par les moyens de droit, non réduite à effet (1). »

« Dans le cas de prêt en deniers, dit Bourjon, l'intérêt est dû par la demeure du débiteur constatée par une demande en justice : C'est la liquidation du dommage que produit ce délai et le juste effet d'une telle demande (2). »

« Quoique la grosse d'une obligation en forme exécutoire, dit Lecamus, puisse produire le même effet qu'un jugement et rendre valable une saisie exécution, une saisie réelle et toutes autres poursuites semblables, elle ne peut produire des intérêts qui n'ont pas été requis en justice (3). »

La cause en était dans la prohibition du prêt à intérêt : Si l'on exigeait une demande en justice, ce n'était pas parce qu'on considérait la demande comme le seul acte assez énergique pour mettre en demeure, mais parce qu'il eût été facile, à l'aide d'un commandement, par exemple, s'il eût fait courir les intérêts, de tourner la prohibition de l'intérêt conventionnel. C'est pour cette raison que le Châtelet de Paris ne condamnait aux intérêts que s'il y avait en même temps condamnation au paiement du capital (4), que le Parlement de Paris, pour éviter les jugements d'accord couvrant des prêts à intérêt, exigeait la présentation de l'assignation en même temps que celle de la sentence de condamnation, et présumait une fraude quand la demande « à fin d'in-

1. Brodeau-sur-Louet, lettre I, sommaire 8, n° 3.

2. *Le droit commun de la France*, éd. 1770, t. II, p. 445.

3. Le Camus d'Houlouve. *Traité des intérêts*, 1774, p. 147. Cf. Claude Serres. *Institutions du droit français*, éd. 1753, p. 148.

4. Denisart, *Collection de décisions nouvelles*, v° *Intérêts*, n° 6 ; Denisart, *actes de notoriété*, 1759, p. 8.

térêts du contenu en un billet ou une obligation » n'était pas postérieure au moins de trois mois à leur date (1). Le Parlement de Normandie, qui n'avait pas enregistré l'ordonnance de 1560, jugeait que dans cette province les intérêts n'étaient pas dûs du jour de la demande, mais seulement du jour du jugement (2). Enfin on décidait en général que les intérêts ne devaient pas être adjugés quand ils n'avaient pas été demandés expressément, et seulement du jour où ils avaient été demandés (3).

Avec la disparition de la prohibition du prêt à intérêt, l'exigence d'une demande en justice pour faire courir les intérêts moratoires de sommes d'argent aurait dû disparaître également. Les auteurs du Code l'ont reproduite par routine dans l'article 1153, où elle a paru d'autant plus choquante que dans l'article 1139 ils établissaient la sommation comme le type des actes réalisant la mise en demeure.

Faut-il maintenant, en présence de la loi du 7 avril 1900, considérer la demande en justice comme faisant courir les intérêts parce qu'elle est une mise en demeure, exactement comme la sommation ? Cela ne va pas de soi.

On peut songer à présenter les intérêts moratoires

1. Le Camus, p. 151 ; du Rousseaud de la Combe, Répertoire, v° *Intérêts*, n° 13.

2. Le Camus, p. 130.

3. Le Camus, p. 148 Brodeau sur Louet, *loc. cit.* Claude-Serres, *Institutions*, p. 439, est d'avis contraire, mais il constate l'usage. Son opinion (il était d'un pays de droit écrit) s'explique sans doute par l'influence du droit Romain où les intérêts moratoires étaient dûs *ex officio judicis*, en vertu du pouvoir du juge d'évaluer le montant de la condamnation.

de sommes comme constituant les fruits de l'argent et, par suite, comme étant dûs, de même que les fruits des choses frugifères, en vertu d'une obligation de conserver et de rendre qui serait imposée au défendeur en compensation de son droit de plaider saisi. Et ceci d'autant mieux que les intérêts moratoires, tarifés au montant des intérêts légaux, en sont venus par suite des circonstances à être distingués nettement des dommages et intérêts qui peuvent être alloués, en cas de non-paiement résultant d'une faute du débiteur, en réparation du dommage causé par le non-paiement (1). Mais

1. On a, tout au contraire, affirmé d'abord en France leur caractère de dommages et intérêts, de réparation d'un dommage, afin de les faire échapper à la prohibition du prêt à intérêt. « Les docteurs scholastiques, dit Dumoulin, dès longtemps ont inventé et baillé une autre division trimembre, fort trite et fameuse es écoles et prétoires, savoir est usure lucratoire, compensatoire et punitive, et tiennent tous, tant légistes que canonistes que théologiens, qu'il n'y a que le premier membre d'icelle division qui soit la vraie usure, seule illicite, prohibée et abrogée .. » (*Œuvres*, éd. 1681, t. II, p. 305, n° 13.) Cf. Théveneau, *Commentaire sur les ordonnances*, Lyon, 1656, p. 474, sur l'article 60 de l'ordonnance de 1560 : « Ces mots (dommages et intérêts) en l'ordonnance semblent être mal adaptés aux sommes de deniers dont elle fait mention pource que régulièrement il n'y eschet point de dommages et interests, ains de simples interests. Mais parce que *non propter lucrum sed propter moram petuntur*, l'ordonnance a parlé de dommages et interests. » Seulement, avec le montant fixe qu'on est porté naturellement, semble-t-il, à leur attribuer, ces intérêts moratoires s'accommodaient assez mal d'être placés parmi les dommages-intérêts réparation d'un préjudice qu'ils doivent couvrir, et c'est pour y remédier que Domat présenta la théorie du forfait, qu'il expliquait par deux motifs : la difficulté d'évaluer les préjudices si variés résultant du non paiement, et surtout — ce qui est beaucoup plus intéressant — l'absence de lien s'imposant à l'esprit entre le non paiement et un dommage souffert par le créancier vers le même temps. Dans les obligations autres que celles de sommes d'argent (par exemple celle de l'entrepreneur qui s'engage à construire une maison, du tuteur

cette objection vient vite à l'esprit : Comment parler d'une obligation de conserver et de rendre les intérêts d'une somme peut-être dissipée sans fruit ou perdue depuis longtemps — même alors, en effet, les intérêts moratoires peuvent être dûs — au lieu que cette dette

qui est tenue de bien administrer, du locataire qui se charge des menues réparations) le dommage résultant de l'inexécution est rattaché aussitôt par l'esprit à celle-ci, dont il est, comme dit l'article 1151 du Code civil, « la suite immédiate et directe ». « Dans ces engagements, dit Domat, le fait de celui qui se trouve tenu du dommage est une cause qui détermine précisément la qualité du dédommagement qu'il pourra devoir. Mais l'engagement de ceux qui doivent des sommes d'argent n'a aucun rapport précis à quelque espèce de dommage particulier et déterminé qui doit arriver s'ils ne paient point, et ne marque pas si ce sera la ruine d'un bâtiment ou une banqueroute, ou quelque autre, de mille qui sont possibles. » (*Lois civiles*, 1^{re} partie, liv. III, titre V, préambule). Pothier, reproduisant la théorie, omit ce deuxième motif, qu'il remplaça par celui : « Ces intérêts sont le prix commun du profit légitime que le créancier aurait pu retirer de la somme qui lui était due, si elle lui avait été payée » (*Obligations*, n° 170), argument qui n'a pas grande valeur, car il s'agit justement d'expliquer pourquoi le débiteur ne doit pas réparer un dommage supérieur à ce commun profit légitime. (De même lorsqu'on dit : le créancier en a été quitte pour faire un emprunt, et l'intérêt lui en est remboursé : mais encore faut-il qu'il ait trouvé prêteur). En même temps Pothier donna au forfait une rigueur qui n'était pas dans la pensée de Domat, en refusant tout supplément d'indemnité, même au cas de dol : « En conséquence de cette espèce de forfait, quelque grand que soit le dommage que le créancier ait souffert du retard que le débiteur a apporté au paiement de la somme due, soit que ce retard ait procédé d'une simple négligence, soit qu'il ait procédé d'un dol ou d'une contumace affectée, le créancier ne peut demander d'autre dédommagement que ces intérêts », passage qui éclaire bien l'article 1153 : « ... ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts fixés par la loi. » La jurisprudence s'est refusée à appliquer ce système restrictif, mais elle a dû, pour allouer des dommages-intérêts plus élevés, les distinguer des intérêts moratoires, affirmer l'imputabilité du dommage, fonder la réparation sur une faute ou même la mauvaise foi (cf. loi du 7 avril 1900), de telle sorte que, par comparaison, les intérêts moratoires

des intérêts s'explique fort bien dans ce cas comme un dédommagement du retard. Mais il se trouve qu'en définitive cette conception n'est pas inadmissible et qu'on s'y trouve presque conduit naturellement en recherchant pourquoi les intérêts moratoires de sommes sont dûs en toute hypothèse, ou à peu près, par le seul fait de la demande de paiement.

Dans les dettes d'argent comme dans toutes les dettes de genres, les risques de perte sont à la charge du débiteur, non seulement dans les cas où, ayant reçu l'argent, il l'a utilisé à son gré, — liberté d'emploi qui entraîne raisonnablement une correspondante garantie de conservation — mais en toute hypothèse, parce qu'en l'absence de fixation du droit du créancier sur un élément particulier du patrimoine du débiteur, ce droit ne dépend pas de l'existence actuelle d'éléments actifs dans ce patrimoine et ne disparaît pas par la perte de ses biens (1). Le débiteur ne pouvant s'exonérer de sa

apparaissent comme le loyer de l'argent plutôt que comme des dommages et intérêts. Et cette opposition a été reproduite par la loi de 1900 qui a modifié l'article 1153 dans le sens de la jurisprudence. Ainsi, par un curieux concours de circonstances, ce caractère apparent des intérêts moratoires a pour origine historique l'affirmation qu'ils constituaient des dommages et intérêts. En réalité ils sont à la fois l'un et l'autre ; on ne peut distinguer les intérêts loyer de l'argent de ceux réparation d'un dommage, car les intérêts conventionnels sont eux aussi, ou peuvent être, le dédommagement pour le créancier de la privation de son argent. La distinction se ferait plutôt entre le dédommagement non fondé sur une faute, qui est volontiers tarifé parce qu'on tend à le limiter, et celui fondé sur une faute, qu'on admet plus étendu, mais peut-être en rapport avec la gravité de la faute.

1. Cette charge des risques imposée au débiteur de genres aurait besoin elle-même d'être expliquée, ramenée à une idée plus élémentaire : car on pourrait concevoir l'exonération du débiteur ruiné par cas fortuit ou force majeure : on la voit se produire, au moins par-

dette même en prouvant que sa ruine est le fait d'un cas fortuit ou d'une force majeure, est garant de l'existence, à sa disposition, de la somme dûe, lorsqu'elle est réclamée après l'échéance, et par suite, comme un possesseur d'une chose normalement productive, peut se voir imposer par la demande l'obligation de conserver et de rendre les fruits de cette chose, les intérêts de l'argent.

Veut-on que la demande ne puisse faire courir ainsi les intérêts, comme un effet de l'obligation de conserver imposée au défendeur en compensation de son droit de plaider saisi, qu'elle n'agisse ici qu'en tant que sommation (ce qui est concevable et l'était même avant 1900, car c'est pour un motif tout spécial que dans l'ancien droit, reproduit par le Code civil, la demande seule faisait courir les intérêts) : elle agit encore comme acte conservatoire, car la sommation, tant au point de vue des intérêts que de la charge des risques, agit comme un acte de diligence produisant un effet conser-

tiellement, en cas de faillite, par l'effet d'un concordat, qui s'impose même à la minorité récalcitrante. Mais il faut se rendre compte que le fait d'être tenu malgré sa ruine du paiement de la somme dûe et des intérêts moratoires, est déjà un adoucissement considérable par rapport aux législations primitives où le non paiement de la dette exposait le débiteur aux mêmes rigueurs que ceux qui avaient commis ce que nous appelons un crime ou un délit, et devait par suite être considéré comme ayant la même gravité et justifiant la même vengeance. La dernière trace de cet état de chose, la prison pour dettes, a disparu chez nous ; mais il n'y a pas lieu de s'étonner, étant donnée cette origine, que le débiteur reste tenu malgré sa ruine par force majeure. Il en est autrement dans les dettes de corps certains parce qu'un lien très fort s'impose à l'esprit entre la dette et son objet, tel qu'à proprement parler l'existence de la dette ne se conçoit plus quand l'objet a cessé d'exister.

vatoire au profit de son auteur, puisque, par hypothèse, ni les intérêts ne courent ni les risques ne sont à la charge du débiteur par la seule échéance. On peut se demander si les intérêts moratoires courent dans les mêmes conditions suivant que l'on accepte l'une ou l'autre des deux explications de l'effet de la demande (je le crois, car en toute hypothèse il s'agit d'une dette de somme, ce qui exclut l'exonération pour inimputabilité) (1); et si la mise en demeure non seulement en ce qui concerne la charge des cas fortuits, lorsqu'il s'agit d'objets en nature (2), mais aussi en ce qui concerne les dommages-intérêts ou intérêts moratoires, ne suppose pas chez le débiteur la mauvaise foi ou au moins une faute: ce qui aurait pour conséquence que, sinon dans les dettes contractuelles où, de façon très générale le débiteur doit être considéré comme sachant parfaitement qu'il doit payer (c'est l'idée qui est la base de la loi du 7 avril 1900 faisant courir les intérêts par la sommation), du moins pour les dettes non contractuelles, ainsi pour l'obligation de restituer une somme indûment reçue, les intérêts seraient dûs en toute hypothèse après la demande, mais ne le seraient en vertu d'une simple sommation que si le débiteur était de mauvaise foi ou a dû l'être après la sommation. C'est

1. Il y a toutefois cette différence que si les intérêts ne sont dûs qu'en vertu d'une demande en justice, celle-ci disparaissant en cas de péremption d'instance, et ne pouvant valoir comme sommation qui, par hypothèse, ne produit pas d'effet contre un débiteur irréprochable, la dette des intérêts disparaîtra également, la demande ne pouvant produire d'effets secondaires lorsqu'elle n'a plus d'existence quant au principal.

2. La charge si grave des cas fortuits ne peut être imposée au débiteur comme un effet conservatoire de la demande ou de la sommation, mais seulement comme la peine d'une faute ou de la mauvaise foi.

bien ainsi que les choses se passent pour la dette des fruits à la charge du possesseur d'une chose frugifère.

Mais ceci n'a guère d'importance pour mon objet actuel, qui est de montrer comment les effets secondaires de la demande consistent à empêcher une perte au détriment d'un individu en suspendant les conséquences qui résultaient au profit d'un autre de son inaction et de la situation de fait qu'il laissait subsister sans protestation. J'en ait dit assez pour faire comprendre qu'un pareil rôle ne peut être joué, que de pareils effets ne peuvent être produits par un acte postérieur au moment où ils se manifestent : ils supposent un acte de diligence, intervenu quand il en est temps encore, et visant à faire cesser une situation préjudiciable ou qui menaçait de le devenir.

Ainsi compris, l'effet conservatoire de la demande parait susceptible de se produire, sous des aspects divers, dans toutes les hypothèses où il y aura lieu de tenir en suspens les conséquences d'une situation préjudiciable au demandeur. Nous allons en voir des exemples dans la matière des séparations.

CHAPITRE II

Les effets de la demande dans les procès relatifs à un changement d'état ou de capacité

I. — Les Séparations.

Les effets de la demande, tels que je les ai expliqués, constituant des effets conservatoires, qu'elle produit en qualité d'acte de poursuite, elle doit être susceptible semble-t-il, de les produire en toute espèce de procès, dans les hypothèses même où le jugement ne pourrait proprement être qualifié de déclaratif au sens que j'ai donné à cette expression, parce que, quant au principal, le droit ou l'état nouveau n'est pas considéré comme ayant existé antérieurement au jugement. Or c'est ce qui a lieu dans les séparations.

J'ai dit qu'on était naturellement porté, en présence d'un droit ou d'un changement de droit qui exige pour sa production l'accomplissement d'une série d'actes, à ne le faire dater que du dernier de ces actes ; mais que cette règle n'était pas fondamentale et cédait facilement devant des motifs d'équité ou d'utilité (1). Mais, en matière de séparations, de très fortes considérations d'intérêt pratique militent dans le même sens. La question s'est présentée à propos du divorce, en interpréta-

1. V. ci-dessus, p. 59.

tion de l'article 252 nouveau du Code civil (1), sous la forme suivante : Le mariage est-il dissout du jour de la transcription seulement, ou dès le jour du jugement ? Si l'on répond : du jour de la transcription, il est évident qu'il ne sera pas question de placer la dissolution à la date de la demande et nous verrons que les mêmes motifs empêchent de fixer à cette date la perfection des séparations de corps et de biens, et la font placer au jour du jugement.

Si la cour de Limoges a déclaré d'abord qu'il ne peut y avoir adultère commis après le jugement et bien qu'il ne soit pas encore transcrit (2), parce que le divorce transcrit remonterait au jour de sa prononciation, la même cour a plus tard jugé le contraire (3) et plusieurs jugements ont été rendus dans ce dernier sens (4). Les actes consentis par la femme sans autorisation avant la transcription sont nuls (5). Le mari ne peut réclamer le remboursement du jour de la demande en conversion en divorce, de la pension alimentaire accordée à la femme par un jugement de séparation de corps (6) ; il ne peut, au cours de l'action en divorce, arguer de l'article 252 pour ne pas être condamné à payer une pension alimentaire à sa belle-mère (7). La

1. Dernier alinéa : « Le jugement dûment transcrit remonte quant à ses effets entre époux, au jour de la demande. »

2. 20 novembre 1887. S. 89.2.129. P. 89.1.703.

3. 21 novembre 1895. S. 95.1.297.

4. Trib. Seine, 9 janvier 1899, S. 99.2.84 ; trib. Bar-sur-Seine, 9 février 1899, S. 99.2.285.

5. Cass. req. 18 avril 1893. S. 94.1.5 ; Alger, 6 juillet 1892, S. 93.2.275 ; Trib. Seine, 29 novembre 1888, *Gaz. Trib.* du 19 janvier 1889.

6. Paris, 13 décembre 1895, S. 96.2.80.

7. Toulouse, 10 mars 1890. S. 91.2.28.

femme mariée qui n'est encore qu'en instance de divorce ne peut être considérée comme jouissant de ses droits au sens de l'article 12 de la loi du 21 avril 1832 et ne doit pas la contribution mobilière à raison du logement qu'elle occupe (1). Enfin le domicile du mari reste le domicile conjugal pendant l'instance et l'article 339 du Code Pénal qui suppose l'existence d'un domicile conjugal, est applicable alors même que la femme a été autorisée à avoir provisoirement une résidence séparée (2).

Ces solutions concordantes manifestent un besoin vivement senti de pas permettre qu'on puisse escompter un divorce ou une séparation encore incertains. Comme le dit fort bien le jugement du tribunal de la Seine du 29 novembre 1888 : « Dans la matière qui régit l'état et la capacité des personnes, et qui touche essentiellement à l'ordre public, la rétroactivité présente de graves inconvénients, même des dangers ; pour les époux, les tiers et aussi dans l'intérêt général, il importe au plus haut degré que les effets du mariage cessent à partir d'un moment précis et déterminé et ne restent pas en suspens pendant une période de temps plus ou moins longue. » On peut en dire autant pour la séparation de corps que pour le divorce, bien que les intérêts pratiques soient moins nombreux, le mariage n'étant pas dissout, et même pour la séparation de biens, en ce qui concerne la capacité de la femme séparée (3).

1. Conseil d'État, 9 mars 1903, S. 05.3.127.

2. Ainsi jugé à propos de la séparation de corps : Cass. crim. 12 décembre 1857. P. 58.64. Bordeaux, 21 avril 1858, P. 59.564.

3. Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville. *Du contrat de mariage*. 3^e éd., II, p. 170, n° 1.

Il faut remarquer que pour donner satisfaction au désir en partie légitime, du demandeur, de ne pas souffrir des lenteurs de la justice et des délais, aussi bien une rétroactivité qu'un effet conservatoire de la demande, tel que nous l'avons vu fonctionner jusqu'ici, seraient parfois impuissants : C'est lorsqu'il s'agit d'un état de fait insupportable ou dangereux qu'il est urgent de faire cesser : ainsi l'habitation en commun, ainsi le pouvoir de disposition qui appartient en fait au mari sur des valeurs communes ou propres à la femme. Ni une fiction de rétroactivité, ni l'effet conservatoire de la demande qui opère (et c'est là son avantage et son originalité) sans rien modifier à l'état de fait, ne donnent satisfaction à ce besoin : il n'y peut être pourvu que par des mesures provisoires de fait : autorisation à la femme d'avoir une résidence séparée, scellés, inventaire, séquestre, etc.

Quant aux matières de droit : le lien du mariage, les obligations qui en résultent, l'incapacité de la femme mariée, sans doute les époux peuvent désirer en être libérés le plus vite possible, mais l'avantage qu'ils trouvent à se conduire tout de suite comme divorcés ou séparés ne peut être mis en balance avec le trouble qui résulterait, en cas d'échec de la demande, d'une poursuite en adultère ou en nullité d'actes non autorisés. Toutefois l'intérêt social n'est pas aussi manifeste dans toutes les espèces que j'ai citées, et j'admettrais fort bien que le gendre en instance de divorce ne fût condamné que provisoirement à payer une pension à sa belle-mère ou qu'il fût sursis au jugement ; qu'une pension alimentaire fondée sur l'article 212 et payée par un époux à l'autre cessât d'avoir été dûe dès la

demande en conversion : il ne s'agit là, en somme, que d'effets pécuniaires du mariage, et sur ceux-ci, comme je vais le montrer, l'effet conservatoire de la demande a pleinement prise (1).

Le plus souvent, en France, le mariage est accompagné de l'établissement d'une société de biens ou de droits de jouissance du mari sur les biens de la femme, et de pouvoirs d'administration du mari sur les biens de la femme et les biens communs, s'il y en a. La communauté s'enrichit d'acquisitions faites du chef de l'un ou l'autre époux et des revenus de leurs propres ; dans d'autres régimes le mari s'enrichit des revenus des biens de la femme. Or, par suite du divorce et de la séparation de corps ou de biens, la communauté se dissout, les droits et pouvoirs du mari disparaissent.

Les époux, la femme surtout, mais parfois aussi le mari, auront à ce que la communauté avec son pouvoir d'acquisition, et les droits du mari, ne subsistent pas jusqu'au jugement ou même jusqu'à la transcription, exactement le même intérêt que le revendiquant à jouir des fruits de sa chose dès la demande. Or dans les deux

1. On demande si l'article 380 du Code pénal qui laisse impuni le vol domestique, s'applique au détournement par le mari après la demande en divorce d'objets communs ou propres à la femme. On s'indigne à l'idée qu'il puisse profiter d'un état dont par ailleurs il escompte la disparition. Et pourtant, si la demande est rejetée, il conviendra certainement d'appliquer 380. Inutile d'ajouter au scandale et à l'excitation produits par le procès ceux d'une poursuite pénale. Mais au cas où le divorce est prononcé, il semble qu'il faille envisager cette question, de droit pénal, du point de vue du droit pénal : le motif qui a fait interdire les poursuites pénales (ne pas susciter ou aggraver des haines dans les familles), n'existe plus, et le mari est particulièrement coupable d'avoir profité de sa situation pour opérer des détournements.

cas il est possible, sans modifier la situation de fait au cours de l'instance, et en considérant la demande comme ayant opéré un effet conservatoire, de régler les choses, par attributions en nature ou par équivalent, comme si la séparation avait été exécutée dès le jour de la demande.

Déjà sous l'ancien droit, quand les droits de la femme furent devenus assez forts en face de ceux du mari, on songea à régler au point de vue pécuniaire la situation de la femme comme si la séparation avait eu lieu au jour de la demande : c'était l'usage du Châtelet de Paris de lui allouer de ce jour les intérêts et fruits de sa dot, au dire de Rousseaud de Lacombe, Denisart, Pothier et Pigeau (1). Bourjon défend l'opinion contraire, invoquant un arrêt de 1672, et, lui aussi, la jurisprudence du Châtelet (2). Son opinion paraît isolée, et le motif qu'il donne : « La séparation n'est pas assez favorable pour lui donner un effet rétroactif, » ne semble, dans sa propre idée, ne s'appliquer qu'à la séparation de biens, car c'est elle seule qu'il dit être vue avec défaveur, comme cachant souvent une fraude (3). Quant à l'arrêt de 1672 et au désaccord sur l'usage du Châtelet, ils s'expliquent peut-être, même sans recourir à l'idée d'un changement de jurisprudence, par ce fait que, lorsque le mari a pourvu pendant l'instance à l'entretien de sa femme, les juges compensaient les intérêts de la dot avec le coût de cet entretien. Les auteurs

1. Rousseaud, *Répertoire*, v° *Séparation*, n° 11 ; Denisart, v° *Séparation*, n° 40 et 60 ; Pigeau, *Procédure du Châtelet*, 1787, t. II, p. 182, n. 6 ; Pothier, *Communauté*, n° 521.

2. *Droit commun de la France*, 1770, t. II, p. 444, n° 33.

3. T. I, p. 605, distinction II.

signalent ce fait qui devait être fréquent et l'est sans doute encore(1), au moins dans les séparations de biens ; or, en pareil cas, un examen rapide de l'arrêt pouvait faire croire que les intérêts avaient été considérés en droit comme ne devant pas être alloués.

Quoiqu'il en soit, le principe de la dette des fruits et intérêts de la dot du jour de la demande paraît avoir été très généralement admis dans la deuxième moitié du XVIII^e siècle. Pothier, sous la formule « rétroactivité de la séparation » y joint une autre idée : Les acquisitions du chef de l'un ou de l'autre époux, qui, d'après le régime, tombaient en communauté, cessent d'y tomber après la demande. C'est, dit-il, l'usage du Châtelet, qu'on peut justifier en disant que « cette dissolution de la communauté était une justice qui lui était due dès le jour qu'elle l'a demandée, dont l'effet ne doit pas être retardé par la procédure qu'il faut faire pour parvenir à la sentence de séparation, que les chicanes du mari font souvent durer pendant un très longtemps, avant que de parvenir à la sentence ».

Il n'y a pas trace d'autres solutions rattachées à l'idée de rétroactivité de la séparation, non plus que d'une

1. Tel arrêt, comme Cass., 28 mars 1848, P. 48.2.301, semble s'être inspiré directement des paroles de Pothier, *Communauté*, n° 521 : « Je pense que cela doit être laissé à l'arbitrage du juge, qui compensera les intérêts de la dot depuis la demande jusqu'à la sentence, avec les aliments fournis à la femme pendant ledit temps, et la part dont elle a dû contribuer aux charges du mariage, lorsqu'il n'y trouvera pas grande différence et surtout lorsque l'instance n'a pas duré longtemps. Mais lorsque, par les chicanes du mari, l'instance aura duré longtemps et que, la dot étant considérable, les intérêts excèdent de beaucoup les dites choses, le juge les adjugera du jour de la demande, sous les dites déductions. »

distinction à faire entre la séparation de corps et la séparation de biens : Rousseaud et Denisart parlent des deux en même temps, Guyot en parle à propos de la séparation de biens, mais dit à l'article de la séparation de corps : « Nous avons établi sous les mots *séparation de biens* qu'on doit toujours faire remonter à l'époque de la demande de la femme l'effet de la sentence qui la sépare de biens d'avec son mari. Cette vérité est encore plus sensible dans le cas où la séparation de corps est jointe à celle de biens » (1). Enfin j'ai dit la défaveur avec laquelle d'après Bourjon, on voyait la séparation de biens. Si donc Pothier parle de la rétroactivité à propos de la séparation de biens, et si le Code civil a suivi son exemple, on n'en peut rien conclure dans le sens d'une différence de traitement voulue par le législateur entre les deux espèces de séparations.

Les interprètes du Code civil se trouvèrent en présence de l'article 1445, se rapportant expressément à la séparation de biens et énonçant l'effet rétroactif du jugement comme un principe général : La même chose s'était passée, exactement, qu'en matière de condition : on avait mis en vedette une formule qui, chez Pothier, ne servait qu'à résumer des solutions particulières. Certains en ont conclu que la rétroactivité ne concernait que les séparations de biens principales, à l'exclusion de celles résultant de la séparation de corps (2). Mais la jurisprudence s'était bien fixée en sens contraire,

4. Rép., v° *Sép. de corps*, § IV, n° IV.

2. V. Les auteurs cités par J. E. Labbé, note au *Sirey*, 1894.1.5, à la colonne 2 de la page 6. En particulier Colmet de Sauterre (cours anal. de C. civ., continuation de A. Demante, t. VI, n° 94 bis, III).

après discussion, et certains arrêts avaient fort bien vu qu'il était inutile d'aller s'appuyer sur l'article 1445, la solution désirée se justifiant parce qu'ils appellent, le caractère déclaratif des jugements (1). La loi du 18 avril 1886 (art. 252 nouveau) a sans aucun doute entendu confirmer cette jurisprudence, pour le divorce, qui venait d'être rétabli, et pour la séparation de corps (2).

D'un autre côté, envisageant la rétroactivité comme un principe général, on en a voulu déduire non seulement la dette des fruits et intérêts des biens propres de la femme et la cessation de l'entrée en communauté des acquisitions nouvelles, aussi bien, d'ailleurs quand ce serait la femme et non le mari qui en profiterait (3), mais aussi l'arrêt des pouvoirs du mari sur les biens appartenant à la femme et sur la communauté, de telle sorte que la femme pourrait méconnaître les actes de disposition et les engagements du mari postérieurs à la demande. Incontestablement il en est ainsi dans les rapports entre époux, sinon les deux premières propositions n'auraient ni grand sens ni grande portée pratique : Mais la question — fort importante en cas d'insuffisance des biens du mari — est de savoir si la femme pourra

1. Cass., 13 mars 1872, S. 72.1.74 ; 18 juin 1877, S. 77.1.406 ; 12 mai 1869, S. 69.1.301. P. 69.757 : « Attendu que, si l'article 1445 dispose que le jugement de séparation remonte, pour ses effets, au jour de la demande, cette disposition, qui regarde moins le mari, *pour lequel elle est inutile*, que les tiers... »

2. J. E. Labbé, S. 94.1.5.

3. Cass., 20 mars 1855. P. 56.1.5. Il y aurait quelque chose d'inconvenant à distinguer les deux situations, dans les séparations de personnes. Dans les séparations de biens, ce serait exagérer la faveur faite à la femme. Elle doit aussi, du jour de la demande, les intérêts des récompenses que la communauté peut lui demander : Bordeaux, 27 août 1848. P. 48.1.212.

méconnaître à l'encontre des tiers, acquéreurs ou créanciers, les actes du mari. Certains l'ont résolue par l'affirmative sans aucune distinction, en faisant une conséquence de l'article 1445 (1). Mais cette opinion a fait place à une série de distinctions : Distinction entre les actes d'administration et les actes de disposition, dont Rodière et Pont revendiquent l'invention (2), les premiers ne pouvant être critiqués par la femme à l'encontre de tiers de bonne foi ; les deuxièmes pouvant l'être, semble-t-il — puisqu'on fait une distinction, — mais sans qu'on soit toujours absolument affirmatif sur ce point : Rodière et Pont (n° 2178) admettent ici encore l'effet de la bonne foi.

D'autre part, quant à l'appréciation de la bonne foi, on eut l'idée de faire entrer en ligne de compte la publication de la demande en séparation de biens, prescrite par les articles 866 et suivants du Code de procédure civile, en considérant les tiers comme mis au courant de la situation par cette publicité, et ayant, par suite, agi à leurs risques et en connaissance de cause (3). Cette idée qui rétablissait, dans les rapports avec les tiers, la distinction entre la séparation de biens principale et la séparation accessoire, rejetée par la jurisprudence dans les rapports entre époux, a eu grand succès : elle épargnait la tâche difficile d'apprécier en fait la bonne ou mauvaise foi. Elle a été affirmée comme un principe général par les auteurs et par les motifs des

1. V. la discussion et les renvois dans Rodière et Pont, *Traité du contrat de mariage*, t. III, n° 2176.

2. T. III, n° 2176, note 5. Aubry et Rau, 4^e éd. VI, p. 402. Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville, *Contrat de mariage*, II^e, § 974.

3. Rodière et Pont, III, n° 2177, 2178.

arrêts et l'on a été jusqu'à affirmer que c'est dans ce but qu'avait été prescrite la publication de la demande (1). « Les articles 866 et 869 du Code de procédure, disent Aubry et Rau, supposent évidemment le principe dont il s'agit, puisque les publications qu'ils prescrivent ne peuvent avoir d'autre objet que de mettre les tiers en position de se prémunir contre les effets de la rétroactivité du jugement qui prononcera la séparation (2). »

Or ceci est inexact : on peut remarquer que la rétroactivité de la séparation est établie par le Code civil, alors que la publication de la demande n'est prescrite que par le Code de procédure. Sans doute il fut question de cette publication dans la discussion du projet de Code civil, et on y déclara expressément qu'on renvoyait cela au Code de procédure, comme étant une question de procédure, mais il résulte des comptes rendus (3), que la publication était uniquement envisagée comme un moyen de permettre aux créanciers du mari, par là avertis, d'intervenir au procès pour veiller sur leurs intérêts et déjouer les fraudes. Elle fut admise comme une atténuation du système, proposé par certains, d'après lequel la femme aurait dû citer individuellement au procès les créanciers du mari.

1. Cass., 12 mai 1869, S. 69.1.301, P. 69.757. « Attendu que si l'article 1445 dispose... cette disposition, qui regarde moins le mari, pour lequel elle est inutile, que les tiers, n'est que le corollaire des dispositions qui prescrivent dans l'intérêt des tiers l'accomplissement des formalités destinées à assurer la publicité des demandes en séparation de biens, et qu'il est par suite inapplicable à la séparation de corps, qui n'est assujettie à aucune publicité légale... » Cf. Paris, 12 janvier 1882, P. 82.673 et 29 avril 1903. S. 05.2.295.

2. Aubry et Rau, V*, § 516, note 45.

3. Locré. *Législation civile*, etc., XIII, p. 199 et suiv. L'article 869 marque bien quelles furent ces préoccupations.

Je n'en veux pas conclure que la publication de la demande ne puisse avoir aucun effet au point de vue qui m'occupe. La jurisprudence, en matière d'interdiction ou de dation de conseil judiciaire, où aucune publicité de la demande n'est prescrite, tient compte, dans l'appréciation de la bonne ou mauvaise foi de ceux qui ont traité avec le défendeur après la demande, d'une publicité qui a été donnée en fait à cette demande (1). C'est là fort raisonnable, et je ne vois pas de difficulté à faire de même pour la séparation de biens, mais aussi pour la séparation de biens accessoire, sauf qu'en fait, la demande recevant dans la première une publicité qui est prescrite, cette idée y recevra une application plus fréquente.

J'irais même jusqu'à admettre que, la publication étant prescrite, et sa nécessité étant connue par les tiers, c'est légitimement qu'on lui attribue le même effet absolu qu'à la publication du divorce ou de la séparation de corps (2), au lieu qu'on ne peut reprocher aux tiers de n'avoir pas recherché une annonce de demande en séparation de corps, qui est purement facultative.

1. Paris, 29 décembre 1877, P. 79.1154, S. 79.2.299.

2. J'entends d'ailleurs que les actes du mari, surtout les actes d'administration, ne pourront être méconnus par la femme que s'ils lui sont préjudiciables. Si la Cour de Riom, le 20 février 1826, P. chr., a annulé un bail comme étant « un acte de mauvaise administration », « attendu d'ailleurs que la nullité de ce bail est une suite naturelle de la prononciation de la séparation de biens, surtout ce bail ayant été fait après la publication légale de la demande en séparation, ce qui seul le rendrait suspect », la Cour de Poitiers, le 21 mai 1823, a au contraire maintenu le bail dans les mêmes conditions, comme étant un acte de bonne administration, insistant avec raison sur la persistance, en principe, des pouvoirs d'administration du mari jusqu'à la séparation parfaite.

Mais il résulte de ce système que la femme est mieux protégée dans les séparations de biens où les époux sont souvent d'accord, que dans celles de corps, où ils le sont moins souvent et où elle risque davantage (1). Et en effet, nos anciens auteurs, lorsqu'ils traitaient, ce qui n'était pas fréquent, la question des actes du mari pendant l'instance, le faisaient à propos de la séparation de corps (2). Le Code civil a suivi leur exemple : la question est réglée par l'article 271 ancien, 243 nouveau, et l'article 1445, à ne consulter que son origine, est totalement étranger à la question.

Il faudrait donc résoudre la question à l'aide de l'article 243 qui reproduit textuellement l'ancien article 271. Celui-ci prit dans des discussions législatives des formes diverses. Il concerna surtout dans sa première rédaction les rapports entre époux, le mari ne pouvant après la demande « changer l'état de la communauté *relativement à la femme* ni par les engagements que le mari pourra contracter ni par les aliénations qu'il pourra faire », et sans que celle-ci ait besoin de prouver la fraude (3), système proposé par

1. Paris, 25 août 1863, P. 64.682 : « Le danger de détournement serait incontestablement plus grand dans la séparation de corps et de biens que dans la séparation de biens seulement, en sorte que, si la règle posée par l'article 1445 était restreinte dans son application, elle se trouverait exécutée quand elle serait moins utile, restant sans effet quand elle serait indispensable. »

2. Bourjon, 1770, t. I, p. 609, n° 28. Guyot-Merlin, *Rép.*, v° *Sépar. de corps*, § IV, n° IV.

3. Loaré V, p. 150, art. 32 : « Le mari en devra garantie à sa femme, et celle-ci aura action pour prévenir ou pour faire réparer les fraudes faites à son préjudice. » Ces derniers mots paraissent concerner les recours contre les tiers.

Bourjon (1) et Guyot (2), non en usage de leur temps, sans doute parce que les pouvoirs du mari n'ont pu être mis en échec que lentement et peu à peu, mais qui doit être admis aujourd'hui comme étant seul en accord avec les solutions bien établies du cours des intérêts et de la suspension des entrées en communauté, desquelles j'induis l'idée générale de fixation des éléments de celle-ci par la demande. Dans la deuxième (3) on établit une nullité de droit, mais concernant seulement les engagements contractés et les aliénations d'immeubles, laissant de côté les aliénations de meubles, sans doute par faveur pour la circulation de ceux-ci, mais montrant par là qu'on avait en vue les tiers. La rédaction proposée par le Tribunal (4), pour les mêmes actes, exigeait le consentement formel de la femme mais permettait d'y suppléer par une autorisation de justice, et exigeait pour qu'elle pût méconnaître les aliénations d'immeubles, une inscription conservatoire au bureau des hypothèques : Il s'agit donc toujours bien des tiers. Enfin le texte définitif qui est une modification du deuxième projet dans un sens moins favorable à la femme, puisqu'il exige la preuve d'une fraude, paraît bien concerner les rapports avec les tiers, car la critique qu'on fit au premier, d'ailleurs bien injustifiée contre lui, fut seulement qu'il gênerait beaucoup le mari dans l'administration de ses affaires (5). C'est donc par inadvertance qu'on a seulement parlé dans l'article 271 des aliénations d'immeubles et des engagements, puisque

1. I, p. 609, n° 28.

2. *Rep.*, v° *sépar. corps*, § IV, n° IV.

3. *Locré V*, p. 192, art. 41.

4. *Locré V*, p. 271.

5. *Locré*, p. 156.

la situation où sont les meubles, d'après le droit commun, est la même.

On peut s'étonner, dans ces conditions, et en présence d'un texte dont la rédaction est en somme fort claire, bien que la mention des seuls immeubles y paraisse, à la lecture, incompréhensible, que les arrêts soient hésitants et parfois contraires : La Cour de Paris le 18 juin 1855 et le 27 décembre 1860 (1) a déclaré non opposable à la femme un engagement contracté par le mari et une condamnation prononcée contre lui après la demande en séparation de corps, constatant dans le premier que la mauvaise foi n'était pas démontrée, n'en disant pas mot dans le deuxième, et affirmant dans les deux que l'article 1445 ne distingue pas entre les époux et les tiers et s'applique aux deux espèces de séparations (2). Mais j'ai cherché à montrer que ceci est inexact, et on a vu que pour annuler un acte postérieur à la demande en séparation de biens on est bien heureux de pouvoir s'appuyer sur la publicité de cette demande (3).

C'est qu'un parti important se résoud difficilement à laisser à la charge de la femme la preuve de la collusion et si l'on songe aux succès obtenus par les défenseurs de la femme, par exemple pour l'inaliénabilité de la dot mobilière, à la difficulté qu'ont eue les créanciers du mari à faire admettre qu'elle ne les primerait pas pour ses reprises en argent et ses récompenses, on

1. P. 56.1.9 et 61.371, 2^e espèce.

2. Cf. Besançon, 15 février 1864. P. 64.683.

3. Cas. 12 mai 1869. S. 69.1.301. P. 69.757 ; Riom, 20 février 1826 Pehr. Cf. Paris 12 janvier 1882. P. 82. 673 et 29 avril 1903, S. 03.2.295 qui admettent l'introduction d'une demande en séparation de biens en même temps que d'une demande en séparation de corps, en se fondant sur l'utilité de la publication de la première.

peut se demander s'ils ne l'emporteront pas (1), sauf bien entendu à laisser subsister les actes d'administration courante et aussi ceux, plus importants, qui ont été de bonne administration et ont en fait profité à la femme (2), sauf aussi à lui faire porter le poids de ses fautes ou négligences, par exemple de la non publication de la demande en séparation de biens. La solution la meilleure pour la femme qui craint des détournements paraît être d'introduire une demande spéciale en séparation de biens et de la publier (3). En tout cas, il paraît difficile d'exiger une publicité de la demande en divorce ou séparation de corps qui aurait des inconvénients.

La publicité de la demande, alors même qu'on lui attribue comme conséquence une présomption de mauvaise foi chez les tiers, ne permet pas de résoudre tous les conflits entre la femme et ces tiers. Elle n'a de sens, ainsi conçue, et ne peut avoir d'effet qu'à l'égard des gens qui traitent avec le mari après la demande, les avertissant du danger qu'ils courent : Elle n'en a

1. Toujours dans le même esprit, un arrêt de Paris 3 avril 1909. S. 09.2.164, soutient que l'article 243 ferait à la femme une situation plus favorable que le système de l'action Paulienne, en ce qu'il n'y aurait pas à distinguer entre les actes gratuits et les actes onéreux, ce qui veut dire, je pense, qu'il n'y aurait pas à prouver la fraude des tiers mais seulement celle du mari. Voir encore comme marque de l'hésitation de la jurisprudence, Lyon, 16 juillet 1881. P. 82. 1207, Paris 12 janvier 1882. P. 82.673. Ajoutons enfin un arrêt de Cass. req. 12 décembre 1911. S. 1913.1.393, qui, dans une pensée évidente de faveur pour la femme, décide qu'en vertu de l'article 1445, la cession par le mari à la femme, à la suite d'une séparation, d'une créance de la communauté, à laquelle la femme a renoncé, rend inutile en entier à l'égard de la femme la saisie arrêt de cette créance faite par les créanciers du mari antérieurement à la cession mais après la demande.

2. V. Lyon, 16 juil. 1881, précité.

3. V. Lyon, précité, Paris 25 avril 1863, P 64.682.

pas à l'égard des créanciers antérieurs à la demande pour savoir si la demande soustrait à leur action les revenus des propres ou de la dot de la femme et les acquisitions de son chef qui, d'après le régime tombaient en communauté. Il est évident que si la demande ne soustrait pas ces biens de leur gage, la publication qui en est faite ne le fera pas davantage. Il ne peut donc être question ici de mettre à part la séparation de biens, en raison de la publicité à laquelle est astreinte sa demande.

Quel sera l'effet d'une saisie brandon ou saisie-arrêt faite sur les fruits ou revenus des propres de la femme ou des biens dotaux postérieurement à la demande ? Les arrêts l'ont tantôt déclarée inefficace à l'encontre de la femme, en invoquant le caractère général de l'article 1443 (1), tantôt l'ont considérée comme efficace en s'appuyant sur l'idée que la rétroactivité ne concerne que les rapports entre époux et non ceux avec les tiers (2). A mon avis, il n'y a pas lieu de faire ici cette distinction entre les époux et les tiers. Les créanciers du mari et les créanciers de la communauté qui ne sont pas en même temps créanciers personnels de la femme, n'ont de droit sur les revenus de celle-ci que par l'intermédiaire du mari ou de la communauté, et les droits de ces derniers étant suspendus par la demande, les leurs doivent l'être en même temps. Si la question, pour les acquéreurs et créanciers postérieurs à la demande peut être résolue autrement et en tout cas mérite d'être discutée, bien qu'évidemment ils

1. Limoges. 10 avril 1812. P. chr., Bordeaux 11 mai 1843. S. 43.2.541.

2. Riom, 31 janvier 1826. P. et S. chr. Rouen 9 août 1839. P. 39.2.513.5.40.2.153.

n'aient de droit sur la part de la femme dans la communauté que par l'intermédiaire du mari, c'est que le droit qu'il est question de leur attribuer naît de leur bonne foi en leur personne, et non comme à eux transmis par le mari. Ils se sont fiés à l'apparence d'un pouvoir actuel du mari sur les biens communs. Ici au contraire il s'agit de l'exécution forcée d'un droit né antérieurement : Or c'est un principe que les créanciers chirographaires subissent toutes les variations de fortune de leur débiteur qui ne sont pas l'effet d'une fraude. Ils perdront le droit de poursuite au moment où le mari perdra ses pouvoirs de disposition. Pour les saisies antérieures à la demande, mais dont la procédure n'est pas achevée lors de celle-ci, la saisie ne vaudra contre la femme que pour la portion des revenus échue lors de la demande (1). En ce qui concerne la saisie brandon, on a cherché à résoudre la question en disant que cette saisie ne mobilisait pas encore les fruits non encore détachés, et que leur perception postérieure, suivant les systèmes, à la demande ou au jugement, empêchait l'efficacité de la saisie (2), ce que j'estime exact, la fiction qui répute les fruits séparés avant qu'ils ne le soient réellement et constituent des biens indépendants et complets, n'a

1. C'est la solution donnée par la Cour de cassation pour déterminer l'effet de la loi du 12 janvier 1895 réduisant à un dixième la saisissabilité des salaires : Elle a admis la validité pour le tout des saisies antérieures quant aux salaires échus avant la loi nouvelle. Cass. civ. 31 octobre 1900 S.02.1.241.

2. Perrier et Raviot, Arrests notables du Parlement de Dijon, question 128. Limoges, 10 avril 1812. P. chr. Bordeaux, 14 juillet 1870. S. 71.2.13. P 71.85. *Contra*, Bordeaux 30 août 1859, en sous note sous le précédent.

pour but que de permettre leur saisie indépendamment de celle du fonds et ne peut modifier les règles sur l'attribution de la propriété des fruits (1).

Les espèces peuvent se trouver compliquées par ce fait que le mari ayant pourvu aux besoins de la femme pendant l'instance ou bien celle-ci se trouvant tenue, par une juste compensation de son droit aux revenus de ses biens dès la demande, de contribuer aux dépenses du ménage, ces revenus et fruits ont été dans le règlement attribués au mari : La saisie, si on a sursis au jugement de sa validité sur demande de la femme, peut alors être déclarée valable. Il pourra arriver aussi que la femme laisse la saisie s'achever et les créanciers se payer sur ces fruits et revenus. Pourra-t-elle répéter ce qu'ils auront touché ? En dehors même du cas où ils pourraient lui imputer comme une négligence de n'avoir pas demandé un sursis à l'achèvement de la saisie, je crois que non. On sait en effet que, de l'avis général, et d'après la jurisprudence, la demande ne suspend pas les pouvoirs d'administration du mari sur la communauté et les biens de sa femme, et que, si des mesures conservatoires énergiques sont permises (scellés, inventaire, saisie-arrêt, mise sous séquestre de biens particuliers), on n'admet pas que la garde et l'administration de la totalité soit confiée à un tiers (2).

1. Sur ce point, voir Guy Coquille, *Questions et réponses*, quest. 200.

2. Cass. req. 26 mars 1889. S. 90.1.253. V. cependant Douai 6 avril 1855. P. 55.2.71. Mais dans l'espèce le mari n'avait pas de biens personnels et tous les biens composant la communauté provenaient de la femme. Dans ces matières, les mesures à prendre dépendent beaucoup des circonstances, et les arrêts par suite présentent des solutions très variées.

En tout cas, en l'absence de mesures conservatoires lui enlevant ce droit, le mari recueille normalement les fruits et revenus : Ils tombent dans la masse de biens sur laquelle vont s'exercer les droits des époux et le droit de la femme sur eux prend la forme d'une récompense à réclamer à son mari. La femme se présente alors comme créancière, et à ce titre elle subit le concours. Or si le mari peut les percevoir, ses créanciers le peuvent aussi, de son chef, et alors aussi la femme n'a qu'une créance contre son mari.

Je résoudrai à l'aide des mêmes principes par la négative la question de savoir si les créanciers du mari peuvent saisir les acquisitions du chef de la femme, postérieures à la demande, qui d'après le régime, tombaient en communauté. Toutefois si la femme a laissé la saisie s'achever et l'appropriation individuelle se produire, la répétition sera possible de sa part (1), le mari n'ayant aucun droit de disposition sur ces biens, sauf à être condamnée à des dommages-intérêts si une négligence peut lui être reprochée.

On peut présenter toutes ces solutions concernant la séparation des intérêts pécuniaires des époux dès le jour de la demande comme résultant d'un effet conservatoire de celle-ci. Sans doute on ne peut lui donner un aspect aussi concret d'obligation de conserver et de rendre que dans la dette des fruits et même le cours des intérêts, car les droits de la femme, qui ne détient rien, sont suspendus comme ceux du mari. Mais toutes s'expliquent fort bien par l'effet conservatoire que la

1. En admettant, ce qui est discuté, que le propriétaire puisse répéter l'argent touché par les créanciers de celui sur qui son bien a été saisi et vendu. V. Glasson et Tissier, II, § 1217.

demande produit en tant qu'acte de poursuite, en accord avec l'idée générale, que j'ai laissée de côté, on s'en souvient, uniquement parce qu'elle est trop peu précise : Les parties ne doivent pas souffrir des lenteurs de la justice.

Cette façon de voir permet de rejeter d'emblée certaines solutions qu'il est nécessaire d'examiner de près si l'on prend la rétroactivité comme un principe. C'est ainsi qu'on a prétendu justifier par la rétroactivité les cessions faites par le mari à la femme au cours de l'instance en séparation de ses biens propres ou de sa part dans des biens communs, en paiement de ses reprises et des récompenses auxquelles elle a droit, ce qui a pour but ordinaire de frustrer les créanciers et ne peut être regardé comme un effet conservatoire de la demande puisqu'il s'agit d'escompter l'avenir et non de le réserver (1). La demande peut fixer le contenu de la communauté, suspendre aussi bien les augmentations que les diminutions qui ne proviendraient pas de la productivité, de l'augmentation ou diminution de valeur de la masse des biens communs subsistant en fait jusqu'à la liquidation (2) ; elle ne peut faire qu'une liquidation soit accomplie et exécutée à un moment où l'article 1593, 1°, l'interdit, précisément pour protéger les tiers ; elle ne peut faire que cette liquidation soit censée accomplie avant qu'elle ait été accomplie en fait,

1. La jurisprudence les annule : Cass. 1^{er} juillet 1873. P. 73.989. S. 73. 1.320. Rouen, 27 avril 1909. S. 1910.2.161. De même pour une vente par la femme au mari de sa part dans les meubles de la communauté : Bordeaux, 6 mai 1881. P. 82.333.

2. Sur ce point et sur l'idée que la femme a droit à la moitié du produit de la masse commune jusqu'à la liquidation. Paris, 8 avril 1869, P. 69.958.

ce qui serait résulté logiquement de la rétroactivité, supposée admise comme un principe, dans le système rejeté par l'arrêt Moinet (1) mais admis pendant un certain temps, d'après lequel la femme venait comme propriétaire à l'encontre des créanciers, et les primait, pour ses reprises en argent et ses récompenses. Elle eût pu faire annuler quant à elle et dans cette mesure des saisies de biens communs achevées avant le jugement de séparation.

Enfin cette façon de voir rend compte à merveille de la persistance des pouvoirs d'administration du mari pendant l'instance. Qu'il soit défendeur ou demandeur (car ici il arrive que le demandeur soit en possession), elle correspond au droit du plaideur de rester sur ses positions ; sauf, quand on craint des détournements, en présence d'un mari de solvabilité douteuse, à soumettre certains biens à une garde de fait exercée par un tiers.

J'ai tout expliqué, je crois, sans avoir recouru à l'idée de jugement constitutif. Les considérations d'intérêt social : ne pas laisser escompter un jugement possible mais non certain, pour accomplir des actes qui, au cas du rejet de la demande, constitueront des actes punissables ou nuls, suffisent à rendre compte du recul de la date des séparations.

J'ajouterai, bien que ceci me paraisse maintenant presque inutile, que l'idée de jugement créateur de la situation nouvelle s'accorde mal avec le recul jusqu'à la transcription de la date du divorce ; avec l'opinion fort raisonnable d'après laquelle la séparation

1. Cass. ch. réunies, 16 janvier 1858. P. 58,1.10.

de biens ne peut être invoquée par les époux l'un contre l'autre lorsqu'elle n'a pas été exécutée, que tous les biens sont restés comme par le passé à la disposition et sous la direction du mari, et que les époux ont continué à vivre en fait comme communs en biens (1), ce qu'on peut expliquer par une renonciation de la part de la femme à la séparation prononcée (2) mais certainement pas par l'idée d'une fraude que l'inexécution ferait présumer; enfin avec la règle d'après laquelle les séparations dont la publication est prescrite pour prévenir les tiers qui contracteront à l'avenir avec les époux ou ex-époux, ne leur sont opposables que si elles ont été publiées (3).

II. — Les Interdictions

L'apparence est ici plus favorable à l'opinion qui attribue au jugement la création de la situation nouvelle : Comme on va le voir on n'admet pas de « rétro-activité » au jour de la demande (je dirai : d'effet con-

1. Cass. 28 décembre 1858. S. 59.1.513. P. 59.938 : Dans la liquidation qui suivit une séparation de corps prononcée treize ans après la séparation de biens, la femme demanda et obtint que la société d'acquêts serait considérée comme ayant subsisté jusqu'à la séparation de corps. Cf. Paris, 24 février 1855. P. 55.2.420.

2. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *du contrat de mariage*, II¹ § 961.

3. Pour la séparation de biens, il n'est plus contesté que la sanction de nullité soit attachée à l'inobservation de l'article 372 du Code de proc. (Cass. 17 mars 1852. S. 52.1.319) ; pour le divorce et la séparation de corps des commerçants, cela résulte de l'article 66 du C. Com.; il faut aussi l'admettre pour la séparation de corps et le divorce des non commerçants (Req. 14 mars 1837. P. 37.1.372) : On peut leur reprocher une négligence, ce qu'on ne pouvait faire en cas de non publication de la demande, laquelle n'est pas prescrite.

servatoire de la demande), et, d'autre part, l'interdiction date du jour même du jugement : elle est opposable à tous dès avant la publication et alors même que la publication est omise.

Mais il faut voir comment et pourquoi ces solutions ont été admises.

Le jugement d'interdiction pour démence n'avait pas aux yeux de nos anciens auteurs le même caractère qu'il a aujourd'hui : Il n'avait pour objet que de nommer un curateur. Quant à l'incapacité, on suivait la théorie Romaine (1) d'après laquelle elle commençait avec le dérangement d'esprit pour disparaître pendant les intervalles lucides et avec le retour à la santé, sans qu'il fût besoin d'un nouveau jugement le constatant. « L'insensé, dit Ricard, dès le moment que son esprit commence à être troublé, est rendu de plein droit incapable de disposer, sans aucune interdiction précise ni prononciation du juge; parce que son inhabilité est rendue notoire et publique par les premières actions de dérèglement qu'il fait, et que d'ailleurs il manque au point essentiel, n'étant point capable de faire un acte de volonté libre, ni même de prêter son consentement, puisqu'il manque de raison, qui est le principe de l'un et de l'autre (2). » Aussi disait-on que la sentence était *purement déclarative* (3) d'une incapacité déjà encourue. On pourrait donc croire que l'annulation des actes d'un individu non interdit s'obtenait exactement dans les mêmes conditions que celle des

1. Girard, *Manuel*, 5^e éd., p. 224.

2. *Traité des Donations*, n° 145.

3. Bourjon, *Droit commun de la France*, 1770, t. I, p. 76. Cf. Jean Voet, *Commentaire sur le Digeste*, XXVII, 10, n° 3.

actes postérieurs, ou celle des actes antérieurs au jugement. En réalité il n'en était rien. La sentence nommant un curateur, rendue en connaissance de cause, après interrogatoire du défendeur, impliquait reconnaissance par le juge d'un état habituel de démence. Aussi lorsque la validité d'un acte était discutée, fut-on amené à s'en servir comme constituant une présomption de démence, ou, comme dit Bourjon, songeant à l'article 54 de l'ordonnance de Moulins, un commencement de preuve par écrit (1) : et il s'agit ici d'actes antérieurs au jugement (2). « Quand il y a eu une interdiction prononcée pour cause de démence, dit Denisart (3), comme il est fort rare que cette infirmité survienne tout à coup, et que d'ordinaire elle a des progrès qui se manifestent successivement, on suppose alors que la démence est antérieure à l'interdiction ; et il s'agit d'actes passés dans un temps voisin de celui où elle a été prononcée, pour peu qu'il y ait quelque circonstance pressante, la preuve s'administre facilement alors : mais s'il est question d'actes passés dans un temps éloigné de l'interdiction, la démence n'étant plus en ce cas soutenue par la vraisemblance que la proximité des actes fait naître, il faut qu'il y ait quelque commencement de preuve par écrit de l'époque à laquelle on prétend faire remonter l'imbécillité. » Pour les actes attaqués comme passés en état de démence, par un individu non interdit, — pratiquement la nullité est demandée après la mort

1. Bourjon, I, p. 76, n° XI.

2. Le numéro précédent porte : « L'engagement contracté par l'interdit pour démence avant la sentence d'interdiction est nul, s'il est prouvé que la démence était antérieure à l'interdiction. »

3. *Collection de décisions nouvelles*, v° *Interdiction*, n° 23.

de l'individu, par les héritiers, — la preuve était admise très difficilement (1).

Quant au retour à la capacité, et surtout à l'existence d'intervalles lucides, la preuve en était également difficile après un jugement d'interdiction : « Si la démence quitte et vient par intervalles, dit Bourjon (2), l'interdiction n'a lieu que pendant la démence, et cesse lors des intervalles lucides; ce qui est certain dans la théorie, mais peu utile dans la pratique, par crainte d'abus.... Cette preuve (du retour à la raison) ne doit point être admise si le recouvrement de la raison n'est annoncé par plusieurs actes de sagesse antérieurs et subséquents à l'acte de la validité duquel il est question... cessans ces actes réitérés, la présomption est que l'interdit était lors de l'acte, dans le même état qu'il était lors de la sentence d'interdiction, que les parents, ni le juge, n'ont pas trouvé à propos de détruire. » Il ajoute que la preuve serait plus facilement admise s'il résultait de la procédure d'interdiction que le fou avait des intervalles lucides. Enfin la mainlevée judiciaire de l'interdiction était entrée en usage, et certains prétendaient qu'elle était nécessaire pour prouver le retour à la capacité (3).

Lors donc qu'en 1804 on établit pour les déments interdits la même incapacité qui existait auparavant pour les prodiges interdits, une incapacité fondée sur une présomption *juris et de jure*, on ne réalisa en somme qu'un changement minime sur l'usage des pays de coutume. Quant aux conditions de l'annulation des actes

1. Denisart, *ibid.*, n° 22. Bourjon, I, p. 76, n° XII.

2. P. 77, n° XX et suiv.

3. Guyot, v° *Interdiction*, § VII, n° I

antérieurs, on ne fit guère aussi qu'affirmer des solutions déjà admises.

Cette histoire était utile à retracer car elle montre quel rôle joue naturellement le jugement d'interdiction dans l'annulation des actes soit antérieurs soit postérieurs : Constatant l'existence d'un état habituel de démence, il constitue bien, comme le disait Bourjon, un commencement de preuve lorsqu'on critique les actes antérieurs : L'interdiction ne sera, d'ordinaire prononcée et même demandée, que plus ou moins longtemps après les premiers actes de démence et les juges pour reconnaître cet état habituel seront forcés d'envisager des faits passés. De telle sorte que l'état de démence au moment de l'interdiction rend vraisemblable ou au moins possible une démence antérieure ; peut être même les juges qui ont interdit ont-ils constaté la démence à l'époque de l'acte attaqué. Ce qu'on a appelé improprement la *rétroactivité* du jugement d'interdiction (1) s'explique donc fort bien, et alors

1. Par ex. Ch. Beudant : *L'état et la capacité des personnes*, t. II, p. 575, 603. L'article 503 en exigeant la preuve de la notoriété de la démence à l'époque de l'acte (laquelle peut être supplée par la preuve de la connaissance personnelle chez le cocontractant), laisse encore cette preuve plus difficile que le droit commun, où d'après les principes de la doctrine, le défaut de consentement rend l'acte nul sans considération de l'ignorance de l'autre partie. Il s'agit donc ici d'un effet de la bonne foi. Mais lorsqu'on paraît croire que c'est accorder une faveur que de se contenter de la preuve d'un état habituel de démence au lieu d'exiger celle de la démence au moment de l'acte, on fait, je pense, erreur. Le mieux, pour savoir quelle preuve on exige, de droit commun, serait de voir des arrêts annulant des actes à titre onéreux du vivant de l'interdit, ou après sa mort, alors que l'interdiction a été seulement provoquée. Mais je n'ai pas trouvé de tels arrêts me renseignant parfaitement et pouvant servir de base à la discussion. Je suis obligé de me servir d'arrêts concernant des actes à titre gra-

même qu'on considérerait l'incapacité de l'article 502 comme l'effet d'un jugement constitutif de droit. Quant aux actes postérieurs à l'interdiction, s'il est bien admis que la preuve ne peut être faite que l'acte a été

uit, pour lesquels on objectera peut être qu'échappant, ceci est bien admis, à la prohibition de l'article 504 et pouvant être attaqués après la mort de leur auteur dont l'interdiction n'a pas été provoquée, ils sont peut-être soumis à un régime de faveur quant à la preuve. Mais je ne le crois pas : Il en peut être ainsi lorsque, comme à Rome, la démence n'est qu'un prétexte pour empêcher les héritiers du sang d'être dépouillés. Mais chez nous, où une réserve légale est censée les protéger suffisamment, ce serait nier la liberté de tester, dans la mesure ou elle est accordée. On conçoit un régime différent entre les actes onéreux et les actes gratuits au point de vue de la protection des tiers de bonne foi — j'en dirai un mot tout à l'heure — mais, quant à la preuve de la démence, un régime différent serait choquant. Or la jurisprudence est bien fixée en ce sens qu'il suffit pour obtenir l'annulation d'un acte à titre gratuit de prouver un état habituel de démence à l'époque ou l'acte a été fait, sauf à l'adversaire à prouver que l'acte a été passé dans un intervalle lucide : Cass. 10 mars 1824, 26 février 1838. P. chr., 8 juillet 1901. S. 02.1.124. Une note sous Dijon 22 décembre 1881. S. 83.2.36, dit qu'il en était autrement au commencement du siècle ; mais si l'on examine l'arrêt qu'elle cite (Cass. 26 mars 1822) on voit qu'il rejette le pourvoi dirigé contre un arrêt qui admettait le demandeur en nullité à faire la preuve que le testateur avait eu « dès sa jeunesse et jusqu'à son décès de fréquents accès de démence », en laissant aux légataires la liberté de faire la preuve du contraire. Il semble donc qu'en dehors du domaine de l'article 504, il suffise de prouver un état habituel de démence pour obtenir l'annulation. Et en effet, si la présomption est d'abord celle de l'état de santé, comme étant l'état normal, une fois prouvé chez un homme déterminé l'état habituel de démence, la présomption doit se renverser en ce qui concerne l'appréciation des actes de celui-ci. Cf. Aubry et Rau 1^{er} p. 524. Lacoste, au *Sirey*, 1893.2.227, col. 3. Mais alors, en admettant qu'on exige en pratique la preuve de la notoriété, nous obtiendrons ce résultat que l'annulation des actes d'un individu qui n'a pas été interdit serait, en droit, obtenue plus facilement que l'annulation des actes d'un individu interdit antérieurs à l'interdiction, puisque dans les deux hypothèses il suffit de prouver

passé dans un intervalle lucide (1) on voit par l'exposé qui précède qu'il s'agit là d'une question de preuve et que le motif de cette disposition est d'éviter des procès sur des questions d'appréciation difficile et d'établir une situation bien nette.

A quel moment commence cette présomption irréfragable de démence, contre l'effet de laquelle la bonne foi ne sert de rien (j'entends toutefois pour les actes

l'état habituel de démence et que dans la première, l'article 503 n'étant pas applicable, la notoriété de cet état n'aurait pas besoin d'être prouvée. Or ceci serait déraisonnable. Mais la pratique est bien différente. D'une part, quant aux donations et testaments, les arrêts les annulent sur la preuve d'un état habituel de démence, sauf la preuve contraire d'un intervalle lucide, sans se préoccuper de la notoriété, et sans distinguer suivant que l'interdiction a ou non été prononcée (voir, comme exemples, les arrêts cités ci-dessus ; ces arrêts étant relatifs à des hypothèses où il n'y avait pas eu interdiction, il n'y a pas lieu d'en citer de relatifs à des actes antérieurs à l'interdiction, tellement l'identité de traitement s'impose en raison, je dirais même *a fortiori*) ; d'autre part, quand aux actes à titre onéreux, la notoriété ne lui suffit pas toujours ; non seulement on voit des arrêts, affirmant qu'elle suffit, prendre la peine de constater la connaissance personnelle de la démence par le cocontractant (Cass. 15 novembre 1826. P. chr. Cf. Rennes 16 novembre 1813. P. chr. Nancy, 21 novembre 1842, P. 42.2.542. Grenoble, 30 novembre 1847. P. 48.2.319) mais un arrêt, dans des circonstances, il est vrai, un peu particulières a refusé nettement d'annuler malgré la notoriété, en l'absence de connaissance personnelle (Lyon, 18 novembre 1898. S. 99.2.172). Il y a en effet une appréciation délicate à faire des intérêts en présence, le seul examen de la notoriété constituant un critérium trop grossier. Il faut, il me semble, rechercher du côté du dément, si l'acte est un acte normal et courant (on n'annulera pas tous les contrats passés par un fou) et s'il en tire le profit qu'il comporte ; du côté du cocontractant, si son ignorance a été invincible, ou si, ayant été plus diligent, il aurait pu connaître la démence. En toute hypothèse il y aura lieu à nullité si l'acte même manifeste le dérèglement d'esprit.

1. Lacoste. S. 1893.2.227, colonne 1.

importants et non les actes courants de la vie) ? La question avait été soulevée, sous l'ancien droit, à propos de l'interdiction pour prodigalité. On n'attribuait pas à l'incapacité des prodigues le même caractère nécessaire qu'à celle des déments : « Leur empêchement, dit Ricard, étant plus civil que naturel, quoiqu'il participe de l'un et de l'autre, il tire toute sa vertu de l'acte qui les déclare tels ; de sorte que personne n'est interdit de pouvoir disposer de ses biens, soit par testament, donation entre vifs ou autrement, [qu']après qu'il a été déclaré prodigue en justice, avec les solennités accoutumées. » En effet le prodigue n'est pas considéré à proprement parler, comme privé de la raison nécessaire pour donner un consentement en connaissance de cause ; et d'autre part le plus souvent la prodigalité ne se manifeste pas au cocontractant comme peut le faire la folie, car elle résulte d'ordinaire non d'un seul acte mais d'une série d'actes de dissipation qui, pris chacun à part, peuvent paraître normaux.

Or pour ces prodigues interdits certains auteurs voulurent faire remonter l'incapacité au jour de la demande, disant que le défendeur profiterait de la durée de l'instance pour faire passer ses biens à un tiers et échapper à l'effet de l'interdiction : Tel était l'avis de Bourjon et il déclare que c'était l'usage du Châtelet (1). Mais Denisart et Guyot (2) indiquent des arrêts en sens contraire, et sont d'avis de n'annuler les actes antérieurs qu'en cas de collusion ou quand le tiers a profité sciemment

1. *Droit commun de la France*, 1770, I, p. 79. Dans le même sens : du Rousseaud de La Combe, *Rec. de Jurispr.* v^o *Interdiction*, n^o 3 ; l'annotateur de Ricard, sur le n^o 146 du *Traité des donations*.

2. Denisart, v^o *Interdiction*, n^o 20. Guyot, eod. v^o, § VI, n^o VIII,

de la situation. Aujourd'hui le premier système, proposé lors de la rédaction du Code (1), est rejeté et les actes postérieurs à la demande ne sont annulés qu'aux mêmes conditions que les actes antérieurs : il faut que celui qui a traité avec le prodigue ait su que la dation de conseil judiciaire était imminente (2). Ceci s'applique sans distinction à l'interdiction du dément et à la dation de conseil, mais en pratique ce sont les prodigues surtout qui cherchent par des accords avec des tiers ou par des dissipations immédiates, à échapper au jugement dont on les menace.

L'absence d'effet conservatoire de la demande s'explique fort bien : En dehors des effets de la demande que j'ai groupés autour de l'interruption de la prescription et qui, consistant dans un empêchement de dépérissement, dans une conservation abstraite du droit plutôt qu'ils ne visent sa réalisation concrète, doivent être rattachés à l'action du demandeur, j'ai présenté ses autres effets, de façon générale, comme supposant une obligation d'attente et de réserve mise à la charge du défendeur. Dans les séparations, les choses devenaient un peu plus compliquées, en raison de l'équilibre nécessaire des droits des époux exigeant la suspension des droits du demandeur aussi bien que de ceux du défendeur, en raison de l'existence d'une communauté, considérée, au moins dans le langage et pour compte, comme une troisième personne, en raison enfin de la

1. Fenet, t. II, p. 94, art. 22 du projet de la commission du gouvernement.

2. Orléans, 25 août 1837. P. 37.2.207. Aix, sous Cass. 14 juillet 1875. S. 75.1.463. P. 75.1175. Cass. 24 juin 1896. S. 97.1.113 ; 15 juillet 1903. S. 04.1.446.

persistance, dans une mesure variable, d'intérêts communs, de devoirs réciproques et des pouvoirs du mari. Néanmoins, de façon générale, l'idée de suspension des effets du régime matrimonial produite par la demande, connue des deux époux, rendait fort bien compte des solutions courantes.

Mais les interdictions, quant à leurs effets, sont en réalité dirigées non contre le défendeur, mais contre ceux qui traiteront avec lui. Or ceux-ci n'étant pas appelés au procès, ne pouvant être censés renseignés par une publication de la demande qui n'est pas prescrite, ne peuvent être tenus d'un devoir de réserve dont la méconnaissance engagerait leur responsabilité. Il ne suffirait pas pour justifier les solutions admises, d'invoquer l'importance particulière du jugement, seul moyen de réaliser une interdiction, puisqu'il est aussi nécessaire pour réaliser une séparation et que dans celle-ci la demande produit effet conservatoire ; quant à l'idée de protection des tiers de bonne foi, elle ne suffit pas davantage, bien qu'elle soit au fond de tout ceci, car, comme on va le voir l'incapacité est opposable à tous dès avant la publication du jugement et alors même que la publication prescrite par l'article 501 du Code civil n'aurait pas eu lieu.

Cette publicité consistait d'après le Code de 1804, dans une inscription, dans les dix jours, sur des tableaux affichés dans l'auditoire du tribunal et dans les études des notaires de l'arrondissement. La loi du 16 mars 1893 y a joint une mention sommaire du jugement sur un registre tenu au greffe du tribunal du lieu de naissance de l'interdit. Or, si certains arrêts au commencement du xix^e siècle, ont admis que les actes

antérieurs à la publication ne pouvaient être annulés sur la seule présentation du jugement (1), la jurisprudence s'est ensuite établie en sens contraire : L'incapacité existe du jour du jugement indépendamment de toute publicité. On s'appuie sur le texte de l'article 502 : « aura son effet du jour du jugement, » sur le fait qu'au contraire de l'article 1445 et de l'article 1391, l'article 501 ne parle pas de nullité ou de non opposabilité aux tiers en l'absence de publication, et que, même, la loi du 16 mars 1893 (501 C. civ.) établissant une sanction à l'inexécution des mesures qu'elle édicte, se contente d'infliger une amende aux greffiers et avoués négligents ; on ajoute que la publication n'est prescrite que dans les dix jours qui suivent le jugement et non immédiatement (2).

Il paraît d'abord choquant que ces mesures de publicité n'aient pas de sanction plus directe et plus efficace. Il est vrai que certains textes et la jurisprudence en ont établi une, indirecte, en rendant responsables ceux qui étaient chargés de faire opérer la publication, et les condamnant à indemniser les tiers qui souffrent de l'annulation : tels le tuteur de l'interdit (3), le notaire chez qui a été passé l'acte et qui n'a pas tenu au courant le tableau des interdits affiché dans son étude (4) ; les

1. Cass. 16 juillet 1810 ; Turin 20 janvier 1810 ; Bruxelles, 12 juillet 1819. P. chr., le premier rendu contre les conclusions de Merlin.

2. Rennes 12 mai 1851. P. 51.2.166. Cass. 1^{re} août 1860 (motifs). P. 61.1172. Poitiers 15 mai 1882. S. 83.2.108. P. 83.1.585. Bourges 30 juillet 1894. S. 95.2.15. Garsonnet, *Traité*, VI¹, p. 269.

3. Cass., 6 juin 1896. S. 1900.1.166.

4. Loi 25 ventôse an XI, art. 18 ; Cass., 19 octobre 1897. S. 98.1.183. Cf. art. 92 et 175, Décret du 16 février 1807. En quoi on n'a fait que suivre l'ancienne jurisprudence. V. Denisart. v° *Interdits*, n° 45. Bour-

greffiers et avoués qui ne sont pas conformés à l'article 501. Et la protection des tiers de bonne foi est ainsi organisée dans une certaine mesure. Mais il n'en reste pas moins qu'ils risquent l'insolvabilité de la personne négligente et qu'en outre il y a la période qui suit immédiatement le jugement et qui est de dix jours pendant laquelle ils subiront la nullité sans pouvoir s'en prendre à personne. Faudra-t-il recourir pour l'expliquer à l'idée de jugement créateur, acte de puissance publique et s'opposant à tous ? Je ne le crois pas.

La fixation au jour du jugement de la naissance de l'incapacité apparaît comme une transaction entre l'opinion qui veut la faire remonter au jour de la demande et celle qui la recule jusqu'à la publication (1). J'ai dit pourquoi, malgré l'intérêt considérable qu'on y trouverait, surtout en face d'un prodigue qui va peut-être jouir du temps qui lui reste, on n'a pu attribuer à la demande un effet conservatoire. Mais d'autre part reculer l'incapacité jusqu'à la publication et surtout faire retomber sur l'incapable les conséquences de la non

jon, I, p. 79, n° 42, Rousseaud de la Combe, v° *Interdiction*, n° 7. Certains soutenaient d'ailleurs, qu'en l'absence de signification aux notaires du jugement, l'incapacité du prodigue n'était pas opposable aux tiers : Bourjon, p. 79, n° 37.

1. Voir la discussion dans Guyot-Merlin, v° *Interdiction* § VII, n° VIII. Cf. Bourjon, *loc. cit.*, n° 26 : après avoir dit que l'interdiction signifiée aux notaires à un effet rétroactif, il ajoute : « Tel est l'usage du Châtelet ; j'y trouve des inconvénients et il me paraît que ceux qui ont contracté avec l'interdit sont favorables tant qu'ils ont ignoré son état ; mais ce sont inconvénients de part et d'autre et il a fallu saisir le parti dans lequel il y en avait le moins. » Je pourrais adopter ces motifs, mais avec une conclusion différente, car Bourjon faisait remonter l'incapacité au jour de la demande.

publication, c'est presque contradictoire : c'est retirer d'une main la protection qu'on accorde de l'autre et qu'on juge nécessaire. Du moment qu'on décide de protéger, il faut aller jusqu'au bout, fût-ce au détriment des tiers. Et du moment qu'on ne fait pas retomber sur l'incapable les conséquences de la non publication, il ne restait plus qu'à faire dater l'incapacité du jour du jugement. Sans doute celle-ci est choisie à cause de l'importance de cet acte, mais cette importance lui vient de l'autorité de la chose jugée qui n'est pas particulière aux jugements d'interdiction. Je m'expliquerai à la fin de cette étude sur ce point.

CHAPITRE III

Les jugements condamnant à payer une indemnité en réparation du dommage causé par un fait.

Le concordat qui remet le failli à la tête de ses affaires doit, pour lui donner chance de rétablir sa situation et de revenir à meilleure fortune, être opposable à tous les créanciers. C'est dans l'intérêt de tous que ses engagements sont réduits ou ajournés et la loi a établi les garanties qu'on jugeait nécessaires pour pouvoir passer outre à la résistance des opposants. La loi de 1838 a voulu précisément par l'article 516 nouveau du Code de commerce faire disparaître les restrictions que la jurisprudence avait cru devoir apporter à l'opposabilité du concordat, et a dit : « L'homologation du concordat le rendra obligatoire pour tous les créanciers portés ou non portés au bilan, vérifiés ou non vérifiés, et même pour les créanciers domiciliés hors du territoire continental de la France, ainsi que pour ceux qui, en vertu des articles 499 et 500 auraient été admis par provision à délibérer, quelque soit la somme que le jugement définitif leur attribuerait ultérieurement (1). »

1. V. Lyon-Caen et Renault, *Traité de Droit commercial*, VII², § 628.

Mais encore faut-il que le créancier soit antérieur au concordat (c'est-à-dire à l'homologation du concordat, qui seule le rend parfait et remet le failli à la tête de ses affaires) (1) : Car par l'effet de ce concordat, le pouvoir du failli d'engager ses biens redevient entier. Or une jurisprudence consacrée par plusieurs arrêts de la Cour de cassation considère comme postérieures au concordat les créances d'indemnité en réparation du préjudice causé par un fait antérieur au concordat, mais qui n'ont été reconnues que par un jugement postérieur à ce concordat.

Un arrêt de la Chambre des requêtes, du 6 juillet 1857 (2) dans une affaire où un acheteur, évincé par suite de la résolution judiciaire du titre de son vendeur, réclamait de lui une indemnité en compensation des fruits que la résolution l'avait empêché de percevoir, déclarait que « jusqu'au jugement par lui obtenu, Deschamps (l'acheteur), étranger à l'arrêt de la Cour de Bourges (prononçant la résolution du titre du vendeur) n'avait aucun titre de créance ni aucun droit reconnu dont il pût se prévaloir », et considérait le concordat obtenu par le vendeur failli comme non opposable à l'acheteur (sans distinguer entre le préjudice résultant du défaut de jouissance antérieur à la faillite du vendeur et celui qui était postérieur). Mais la même

1. Ici s'applique l'idée développée plus haut (p. 59) d'après laquelle lorsqu'un jugement est indispensable pour réaliser un changement de situation juridique, et qu'il intervient en dernier lieu, après les autres actes nécessaires, la situation nouvelle date du jugement, sauf un intérêt légitime à la faire remonter plus haut : Il ne paraît pas y en avoir ici ; il semble même utile que le dessaisissement persiste jusqu'à l'homologation du concordat. En fait, alors seulement le failli est remis à la tête de ses affaires.

2. D. 57.1.440. S. 59.1.504.

année (1), la Chambre civile manifestait une opinion contraire, à propos d'une condamnation, après faillite, pour faux antérieur, à une amende et aux frais liquidés : La situation était d'ailleurs toute différente, en ce qu'il s'agissait pour l'État, créancier, non pas d'échapper au concordat, mais d'éviter l'exclusion de la masse qui frappe les créanciers postérieurs au jugement déclaratif. La cour distingue entre la condamnation au paiement des frais de poursuite (2) qu'elle considère comme prononcée en déclaration d'une créance antérieurement existante, et la condamnation à l'amende : L'amende a « un caractère essentiellement pénal ; si elle a sa cause dans les faits qui ont provoqué l'action de la justice répressive, elle n'a d'existence que par l'arrêt de condamnation ; cet arrêt n'a pas à l'égard de la peine, comme il aurait à l'égard d'obligations purement civiles, telles que celles qui ont pour objet des restitutions, des dommages-intérêts, ou des frais, un effet simplement déclaratif qui puisse, par une juste rétroactivité, faire remonter le droit du Trésor public, pour l'exécution de la peine de l'amende, à une époque antérieure (3) ».

1. 11 août 1857. D.57.1.343. P.58.823 ; deux espèces.

2. « Attendu que cette créance ne procède pas seulement de l'arrêt de condamnation qui les liquide et les met à la charge du condamné ; qu'elle procède surtout des faits qui ont rendu la poursuite nécessaire ; qu'à l'égard de ces frais l'arrêt de condamnation n'a fait que constater et déclarer en faveur du Trésor public un droit préexistant ; qu'une telle créance affecte dès lors les biens du condamné au même titre que toute obligation civile qui, ayant une cause antérieure à la déclaration de faillite du condamné, aurait été judiciairement reconnue et déclarée à une époque ultérieure. »

3. V. encore : Paris, 4 mars 1839. P.39.1.431. Cass., 7 mai 1816. P'chr. : Cet arrêt ne distingue pas entre les frais et l'amende, mais, e xa-

L'idée de la Chambre des requêtes a été reprise en 1895 par la Cour d'Alger (1), également pour une action en garantie, puis adoptée par la Chambre des requêtes et la Chambre civile (2). De nouveau il s'agissait de créanciers qui prétendaient échapper aux concessions faites au failli par le concordat. C'était, en 1898, un mandant qui réclamait des sommes détournées par son mandataire antérieurement à la faillite de celui-ci, et n'avait obtenu et même demandé condamnation qu'après le concordat : Il faut ajouter qu'en fait le mandant avait demandé qu'il fût sursis au concordat jusqu'à ce qu'il eût fait reconnaître sa créance, mais les syndics firent repousser cette demande en soutenant que la créance prétendue était purement hypothétique. En 1901, devant la Chambre civile, l'acheteur de valeurs fausses avait introduit sa demande en dommages et intérêts avant l'homologation du concordat, le jour même de son vote, ce qui montre que la cour s'attache bien à la date du jugement et non à celle de la demande (4). Et pourtant la culpabilité avait été affirmée par un arrêt criminel antérieur au concordat : Mais, dit la Cour de cassation, le demandeur en indemnité y avait été étranger ; l'arrêt d'assises, disait l'arrêt d'Alger attaqué, ne déterminait pas le préjudice et ne pouvait être un « titre certain ». En 1907, pour une indemnité en réparation d'un dom-

minant s'ils doivent être payés par privilège sur le cautionnement de l'officier ministériel condamné, cherche à résoudre la question directement en montrant l'application dans des textes français de la règle romaine : *fiscalium poenarum petitio creditoribus postponitur*.

1. Alger, 15 janvier 1895. *Journal des Faillites*, 1895, p. 368.

2. Req., 19 janvier 1898. S. 99.1.5 ; Civ. rej., 22 octobre 1901. D. 01. 2.527. S. 1901.1.504 ; Req., 11 avril 1907. S. 07.1.433.

3. V. l'arrêt attaqué. Alger, 8 juin 1898. S. 99.2.12.

mage causé par la faute des agents d'une compagnie de chemins de fer, la demande était antérieure à la faillite ; d'autre part, la Cour ne mentionne que la date de l'arrêt d'appel, paraissant dire que c'est elle et non celle du jugement qu'il faut considérer.

Les motifs se bornent à dire, comme dans l'arrêt du 6 juillet 1857, que le demandeur n'avait avant le jugement « aucun titre de créance, aucun droit reconnu dont il pût se prévaloir » (arrêts de 1901 et 1907), ou même, comme l'arrêt de 1898, à dire que la créance n'était pas née au jour du concordat : Il est vrai que ce dernier arrêt semble attacher de l'importance au fait que le créancier avait demandé, sans succès, qu'il fût sursis au concordat, pour pouvoir prendre part au vote et qu'il peut paraître particulièrement dur, dans de telles conditions, d'imposer au créancier les clauses du concordat. Néanmoins, en droit, cet arrêt s'inspire de la même idée que les autres et je crois pouvoir la formuler ainsi : Une créance n'existe que du jour où celui qui la prétend, a un titre lui permettant de la faire valoir, de se gérer comme créancier.

Mais quel titre exigera-t-on ? On devra, semble-t-il, se contenter du titre le moins efficace, le titre sous seings privés. Il constitue « un titre dont on peut se prévaloir », il permet de se faire considérer, à l'abord, comme créancier. Il fera admettre, sauf à être discuté, à une distribution par contribution, à une faillite, à un ordre, le cas échéant ; il établit, de façon générale, une présomption d'existence du droit prétendu, mettant à la charge de l'adversaire la preuve de son inexistence ou de son extinction, et il a même une certaine force exécutoire, puisqu'il permet de faire une saisie-arrêt : L'idée que

la saisie-arrêt n'est d'abord qu'une mesure conservatoire n'est pas vraie, au moins présentée sous cette forme brutale, car on pourrait en dire autant de toutes les saisies à leur début. En l'absence de titre écrit, rien de semblable ; le droit prétendu, n'étant couvert par aucune présomption, si faible soit-elle, qui lui donne une apparence d'existence, est pratiquement comme s'il n'existait pas.

J'ai raisonné comme si les arrêts parlaient de titre au sens d'instrument de preuve et d'exécution, et c'est l'interprétation la plus naturelle, lorsqu'ils disent : « titre dont on peut se prévaloir » (1). Pratiquement, cette interprétation explique assez bien une distinction, quant à la date de naissance, entre les créances contractuelles et celles nées d'un fait, car ces dernières, à moins d'être reconnues par contrat, auquel cas elles acquièrent un aspect et un vêtement nouveaux, ne sont jamais, avant jugement, constatées par un titre leur permettant de jouer leur rôle de créance. Les créances contractuelles sont au contraire souvent constatées par écrit.

Mais si tel est le système des arrêts, il faudra dater du jour du jugement les créances contractuelles non représentées par un titre écrit, aussi bien que les créances nées d'un fait. Or on considère généralement que la jurisprudence fait une distinction entre les créances

1. Alger 15 janvier 1895. *Journal des Faillites*, 1895, p. 368, dit : « Attendu que les créances ne sont soumises à la loi du concordat qu'autant qu'elles reposent sur un titre certain antérieur à ce concordat ; qu'il importe peu que la cause d'une créance soit préexistante si elle n'est reconnue légitime qu'à l'époque où le failli a été remis à la tête de ses affaires. » Cf. trib. Seine, 19 juin 1896. *J. des F.* 1896, p. 369.

suivant qu'elles ont pour origine un contrat ou un fait, et le mot titre ne signifierait plus dans les arrêts « instrument de preuve », mais « source du droit » : En fait les trois arrêts récents de la Cour de cassation sur lesquels on s'appuie, ont statué à propos de délits ou quasi-délits, et un arrêt de la cour de Lyon, du 27 janvier 1911 (1), a affirmé la distinction à faire suivant l'origine des créances, en statuant sur une obligation contractuelle. Mais la Cour de cassation, le 16 mars 1896 (2), avait été beaucoup plus réservée, déclarant seulement que l'obligation au versement complet du souscripteur d'action libérée seulement d'un quart, « éventuelle pour le surplus, n'en avait pas moins une existence certaine et définitive » ; d'autre part, certains arrêts, comme le premier de nos arrêts de cassation, celui du 6 juillet 1857, ont statué à propos d'obligations de garantie et les ont fait dater du jour du jugement. Or, au moins dans une opinion, l'obligation de garantie est une obligation contractuelle. Seulement le titre instrumentaire qui constate le contrat ne sert à rien pour prouver l'éviction, et le demandeur en garantie doit, tout comme la victime d'un délit, prendre l'offensive quant à la preuve : Il n'a « aucun titre dont il puisse se prévaloir ». Il faut en dire autant de l'obligation à des dommages-intérêts pour inexécution d'une obligation contractuelle autre qu'une obligation de somme d'argent. Bien que, une fois prouvée l'existence du contrat (et je suppose, par hypothèse, un titre écrit), ce soit au défendeur à prouver qu'il a exécuté, il n'en est pas moins vrai que le titre à lui seul ne suffit pas pour

1. V. note au *Sirey* sous Lyon, 27 janvier 1911. S. 1911.2.143.

2. S. 99.1.5.

exécuter le débiteur qui n'a pas rempli ses obligations, ni même pour être admis à une distribution quelconque (1).

En dehors du problème de l'opposabilité du concordat, on trouve encore d'autres hypothèses où, sans d'ailleurs apporter plus de précisions, on a refusé de faire naître une créance d'indemnité au jour du fait dommageable. Ainsi, la cour de Paris, le 19 février 1886 (2) pour décider qu'une créance en dommages et intérêts n'a pas pu se compenser, affirme qu'une pareille créance n'existait pas avant le jugement, ce qui dispense de discuter la question de la liquidité (voir ci-dessous, p. 158 et suiv.). C'est ainsi encore qu'au sujet du champ d'application des lois dans le temps, on a parfois considéré une prétention fondée sur un fait comme ayant moins de solidité et de résistance à l'encontre d'une loi nouvelle qu'une prétention basée sur un contrat. A propos de l'application de la loi du 8 avril 1885, qui supprime l'exception de jeu, aux marchés à terme antérieurs, la Cour de Toulouse (3) a déclaré : « Attendu que c'est

1. V. Trib. Seine, 19 janv. 1896. *Journ. des Faillites*, 1896, p. 369, qui ne fait dater la créance que du jour du jugement, et déclare par suite le concordat non opposable.

2. Dalloz. *Rep. suppl. v° Obligations*, n° 1122 : « attendu que les dommages et intérêts ont leur origine non pas dans une obligation antérieure au jugement qui les alloue, mais dans l'appréciation des faits et circonstances d'où naît le préjudice... qu'à ce titre cette disposition est attributive d'un droit nouveau auquel on ne peut appliquer les effets déclaratifs qui n'appartiennent aux décisions judiciaires qu'à raison de la préexistence des droits sur lesquels elles statuent. »

3. 2 juillet 1885. P. 86.1.91, 7^e espèce. S. 86.2.1. Voir encore les conclusions de M. l'avocat général Feuilleloy *Gaz. Palais*, 1907.1.66. Ajouter, mais sans qu'on puisse fixer leur pensée de façon bien précise : Merlin. *Rep. v° Effet rétroactif*, section III, § 1, n° 3 et Laurent. *Principes*, I, n° 199, p. 266. Entre les droits acquis et les simples

surtout en vue des contrats qu'a été proclamé le principe de la non rétroactivité des lois, le législateur courant le risque de porter atteinte à des droits acquis. » Elle parle de la « théorie des jurisconsultes se refusant à considérer comme des droits acquis ceux accordés uniquement par la loi, ne dérivant pas de la convention ; on peut aussi accepter relativement à ces droits la qualification de droits facultatifs repris par le législateur et qu'on oppose ainsi aux droits acquis ». Il suffirait d'ailleurs, dans sa pensée, pour maintenir l'application de la loi ancienne, que la demande soit antérieure à la loi nouvelle (1).

Enfin, M. Duguit, dans ses *Études de Droit public* et dans son *Traité de droit constitutionnel*, est venu affirmer de façon bien nette, en vertu d'une théorie générale sur la nature de la loi et la création des droits, qu'une créance ne pouvait naître par le seul événement d'un fait et en particulier que la créance en réparation du dommage causé par un délit ou quasi-délit ne datait que du jour du jugement. Et il cite à l'appui de sa thèse la jurisprudence que j'ai analysée et qu'il interprète comme distinguant entre les créances suivant leur origine contractuelle ou non (2).

Il faut rappeler brièvement la théorie de M. Duguit. La loi, règle générale et abstraite, « ne crée jamais une situation juridique subjective » (3), c'est-à-dire des

expectatives, ils placent les *facultés* accordées par la loi : « tant que celles-ci dit Merlin, ne prennent pas le caractère de droits contractuels, elles sont toujours et essentiellement révocables. »

1. Sur ce point, v. ci-dessus, p. 79 et suiv.

2. *Traité de Droit Constitutionnel*, t. I, 1911, p. 260 et suiv. ; en particulier, p. 274.

3. *L'État, le droit objectif et la loi positive*, 1901, p. 577, p. 586.

droits ou des obligations; elle est seulement une règle de conduite telle que les actes qui lui sont conformes sont juridiquement efficaces et ceux qui lui sont contraires sont inefficaces. Les droits (situations juridiques subjectives) naissent d'actes conformes à la loi, mais non directement de la loi elle-même. Ce serait en contradiction avec sa nature de règle abstraite. « Nous ne comprendrons jamais comment l'État peut se substituer à la volonté des particuliers et nous ne pouvons admettre qu'une situation juridique subjective d'ordre purement privé puisse avoir une autre cause qu'un acte de volonté privée (1). » Quant au droit d'exiger une prestation en réparation d'un préjudice causé par un acte ou un fait contraire à la loi, il ne naît pas non plus automatiquement de la loi quand existent l'acte ou le fait et le préjudice, mais de la manifestation de volonté affirmant qu'une réparation est due. Qui sera compétent pour faire cette manifestation de volonté efficacement? Le juge seul d'après M. Duguit (2). Mais pourquoi pas la victime? Il faudrait l'expliquer, puisque, dans son système, un concours de volontés est inutile pour créer des « situations juridiques subjectives ». La manifestation de volonté d'une seule personne est suffisante, et même seule efficace (3). Or M. Duguit ne le dit pas expressément. Il se borne, dans son Droit constitutionnel à établir une distinction entre la « juridiction subjective », où le juge reconnaît une situation juridique subjective préexistante, qui a pu naître, par hypothèse,

1. *L'État, le droit objectif, etc.*, p. 586.

2. *Traité de Droit constitutionnel*, I, p. 273.

3. *L'État, le droit objectif...*, p. 172 et suiv. ; p. 188.

de la volonté des particuliers, et la « juridiction objective » où il s'agit d'apprécier la légalité d'un acte ou d'un fait et de sanctionner la violation de la loi par une annulation, une peine ou une condamnation à réparer (1). Il paraît résulter de là que l'efficacité de la seule volonté du juge vient de ce qu'il faut, avant de pouvoir affirmer utilement l'existence de la créance, apprécier la valeur de l'acte ou du fait par rapport à la loi, sa conformité ou non conformité à celle-ci. Or c'est là matière de juridiction, hors de la compétence des particuliers. Il semble même que l'auteur aille plus loin et assimile la condamnation à payer une indemnité à la condamnation à une peine, décision qui « n'est pas la constatation d'un droit subjectif antérieur et l'injonction au sujet passif d'accomplir la prestation qu'il implique ; la décision portant la condamnation pénale est la création d'une situation juridique entièrement nouvelle » (2).

Ce n'est pas ici le lieu d'apprécier cette vaste théorie. Aussi bien M. Duguit ne prétend-il point que le droit français actuel lui soit de tous points conforme (3). Je voudrais seulement, avant d'examiner la question du point de vue de ce droit actuel, montrer comment,

1. *Droit constitutionnel*, I, p. 271 et suiv.

2. *Droit constitutionnel*, I, p. 272, 273. Cf. *L'État, le droit objectif*, p. 219 : « L'infraction est un fait qui conditionne l'application d'une règle de droit, laquelle implique, soit pour toute personne plus forte que l'auteur du délit, soit pour le détenteur de la force organisée, le pouvoir de vouloir juridiquement l'application de la peine... Dans une société organisée étatique, ce pouvoir de vouloir se traduit à l'extérieur par la condamnation... », et p. 221 : « Tout ce qui précède est vrai du délit civil. »

3. Voir par exemple : *L'État, le droit objectif, etc.*, p. 225.

dans sa propre théorie, la distinction entre les droits nés de manifestations de volonté (je dirai, pour plus de brièveté, de contrats) et ceux ayant pour origine un fait, et l'attribution au jugement d'un rôle différent, dans les deux cas, n'est pas sans soulever des objections.

Il distingue, en effet, ce qu'il appelle un *pouvoir juridique objectif* de l'individu, c'est-à-dire le pouvoir latent, non encore réalisé en un acte, de produire, par une manifestation de volonté conforme à la loi un effet juridique (1), et la *situation juridique subjective*, expression qu'il préfère à celle de droit subjectif (2), et qui désigne l'effet de droit produit par un acte juridique : j'en prendrai comme type ce qu'on appelle en langage courant un droit de créance. Or, d'après M. Duguit, de la loi, règle abstraite, il ne peut naître, avant toute manifestation de volonté d'un individu, qu'un pouvoir juridique objectif : du fait dommageable, à lui seul, ne naîtra donc qu'un pouvoir objectif. Mais quels sont les caractères de ce pouvoir objectif ? « Il est général et continu, comme la règle de droit elle-même », et ne s'épuise pas par l'exercice qu'on en fait. Au lieu que le pouvoir résultant d'une situation juridique subjective est « momentané et disparaît lorsque la chose voulue par la volonté créatrice de la situation subjective, est obtenue » (3). En second lieu, on ne peut y renoncer : « L'individu ne peut point renoncer à ce pouvoir (objectif), parce qu'il ne peut toucher à la règle de droit dont

1. *Ibid.*, p. 147, 200 : « Un état, c'est-à-dire... un ensemble de vœux juridiquement possibles. »

2. *Ibid.*, p. 161.

3. *Ibid.*, p. 181.

ce pouvoir émane directement... Demander si l'homme peut renoncer par un acte de volonté à ce pouvoir, contenu dans la règle de droit, ce serait demander s'il peut écarter l'application de la règle de droit ; or il ne le peut certainement pas, puisque la règle est la solidarité sociale elle-même et que l'homme évidemment ne peut y porter atteinte : la règle est la loi même de la volonté humaine » (1).

Or, ces caractères, on ne peut les discerner dans le pouvoir de faire naître le droit à une indemnité. Sans doute le pouvoir général du juge de condamner ne disparaît pas par l'exercice qu'il en fait : mais le pouvoir de condamner à réparer tel dommage spécifié ne survit pas à cet exercice. Sans doute il ne peut renoncer, même à ce pouvoir particulier, mais c'est parce qu'il n'est pas le titulaire véritable du pouvoir de faire naître le droit à réparation : son intervention est indispensable parce qu'on ne peut se faire justice à soi-même et que les agents de la force publique n'agissent que sur le vu d'un titre écrit, mais il n'est pas celui qui met la machine en marche : le juge n'agit pas d'office. Si grande soit l'importance qu'on attribue à son rôle, et pratiquement elle est immense, il faut bien reconnaître qu'avant le jugement il existe déjà quelque chose. Pour employer les expressions de M. Duguit, il existe un *pouvoir* de vouloir la réparation, pouvoir qui pour des raisons d'ordre social, prend nécessairement en cas de résistance et en l'absence de titre, la forme d'un pouvoir de demander et d'obtenir un jugement. Ce pouvoir, ayant pour objet d'obtenir réparation d'un dommage spécifié, est un *pouvoir subjectif*.

1. *Ibid.*, p. 150. Cf. 201, 210, 593.

D'autre part on pourrait même nier, abstraction faite des questions de titre probatoire et d'exécution, qu'il résulte d'une manifestation de volonté, un contrat par exemple, quelque chose de plus que d'un fait contraire à la loi et causant un dommage, et qu'on puisse dater du jour du contrat la « situation juridique subjective » le droit de créance. En effet, puisque M. Duguit rejette l'idée de rapport de droit comme constituant une notion d'ordre métaphysique (1), qui doit être bannie de la science juridique (2), il résulte seulement du contrat un pouvoir de vouloir l'exécution de ce contrat, pouvoir différent du pouvoir objectif de passer un acte juridique, en ce qu'il s'épuise par son exercice utile et en ce qu'on peut y renoncer, mais simple pouvoir (doublé d'un devoir à la charge de celui qui doit exécuter) (3) exactement semblable au pouvoir d'obtenir réparation du dommage causé par un fait contraire à la loi.

Cette théorie devait être examinée, car elle présente sous une forme systématique une idée dont on trouve des traces assez nombreuses (4) et qui n'est pas sans une certaine apparence de vérité. Il y a vraiment lieu d'hésiter à dire qu'un droit est né par le seul événement d'un fait dommageable contraire au droit comme aussi par la réalisation d'une situation de fait permettant de réclamer une certaine prestation, par exemple des aliments : un pareil droit apparaît si vague, si incertain et actuellement si inefficace qu'on peut douter s'il

1. *Les transformations générales du droit privé*, 1912, p. 12 : parce qu'elle implique la subordination d'une volonté à une autre.

2. *L'Etat, le droit objectif, etc.*, p. 174.

3. *Ibid.*, p. 181.

4. V. ci-dessus, p. 157.

existe. Cet état d'incertitude et d'impuissance ne cesse pas par la demande et persiste jusqu'au jugement et, si l'on doit considérer que, tant qu'il dure, le droit a seulement une existence éventuelle, le jugement seul datera sa naissance, sauf à attribuer à la demande des effets conservatoires.

Les jugements condamnant à payer une indemnité sont certainement ceux pour lesquels on est le plus tenté de parler de création du droit par le jugement, car à l'absence de titre écrit s'y ajoute ordinairement un large pouvoir d'appréciation du juge quant au montant de la créance (1). Celle-ci, dans sa forme précise et certaine, apparaît bien comme le produit de la volonté du juge.

Et pourtant, quelque soit l'importance ordinaire de l'appréciation des juges du fait dans les créances d'indemnité (et leur pouvoir d'appréciation et d'évaluation peut, à l'occasion, être aussi grand à propos d'une créance contractuelle constatée par un titre écrit), quelque soit aussi l'inefficacité pratique actuelle d'une prétention non soutenue par un écrit, il faut reconnaître que déjà avant le jugement, il existe quelque chose. La preuve en est que le paiement librement consenti ne constituera pas une libéralité; le pouvoir d'agir en

1. « Les dommages et intérêts ont leur origine non pas dans une obligation antérieure au jugement qui les alloue, mais dans l'appréciation des faits et circonstances d'où naît le préjudice. » Paris, 19 février 1886. *Dalloz, Rép. Suppl.*, v° *Obligations*, n° 1122. Les créances de dommages et intérêts sont à l'ordinaire fort exagérées dans leur montant par les demandes des parties lésées, ce qui, soit dit en passant, ne permet guère pratiquement de considérer la manifestation de volonté de la victime, spécialement la demande en justice, comme créatrice du droit à réparation.

justice est susceptible de se prescrire, et la prescription courra du jour du fait dommageable (ou du moins du jour du dommage réalisé); ce pouvoir se transmet entre vifs et par succession (1). Bref, hors la question de preuve et d'exécution actuelles, le droit à indemnité aura autant de réalité que le droit constaté et liquidé par un contrat écrit; à tous points de vue il aura la même efficacité que celui résultant d'un contrat verbal. Il n'est même pas absolument dénué de toute efficacité actuelle, puisque le juge peut, si la prétention lui paraît fondée, autoriser une saisie-arrêt.

Faut-il donc faire une différence, pour la date de naissance, entre le contrat verbal et le contrat écrit? Ce serait fort déraisonnable; l'écrit, même authentique, peut être contesté: il n'en résulte qu'une apparence, à laquelle, suivant la nature du titre, on attache une confiance plus ou moins grande. Seul le jugement passé en force de chose jugée donne en droit une certitude: et encore y a-t-il les recours extraordinaires. Si, lorsqu'il s'agit de l'exercice actuel des droits, on est obligé de se contenter d'une apparence, sous peine de le rendre, par le retard, inefficace, il ne faut plus, quand il s'agit de fixer la date de naissance, s'attacher à l'exis-

1. Au moins quand il s'agit de dommages aux biens; pour les dommages à la personne, même physique, il y a fortement lieu d'hésiter à condamner au profit d'héritiers ou successeurs qui ne peuvent invoquer un dommage personnellement subi par eux. La réparation n'atteindrait pas son but: ne réparant rien, elle serait pur gain. Ou bien il faudrait la considérer comme une peine à la charge de l'auteur du fait. Cf. Amiens, 10 juillet 1901. S. 02.2.8. Mais V.-J.-E. Labbé note au *Sirey*, 1881.2.21. P. 81.1.220. Il traite surtout de l'exercice de l'action par les créanciers; on pourrait dire, en effet, que ceux-ci ont subi un dommage personnel en perdant, avec la capacité de travail de leur débiteur, la possibilité d'être payés.

tence de signes extérieurs. On concevrait, en théorie, un système qui fixerait la naissance du droit au jour où le jugement passé en force de chose jugée le rend, en droit, certain ; on ne comprend pas qu'on la place au jour où il est devenu probable. D'ailleurs, il n'y a aucun doute que le contrat verbal soit susceptible de créer des obligations courant du jour où il a été conclu, c'est-à-dire du jour où ont été réunies les conditions exigées par la loi, abstraction faite de toute question de preuve (1). N'ayant aperçu aucune différence entre la créance née d'un fait et celle issue d'un contrat verbal, j'en dirai autant de la première : elle existe dès l'accomplissement du fait, ou moins dès la réalisation du préjudice (2). Personne n'est choqué de la jurisprudence bien connue d'après laquelle la réparation du dommage causé par un délit est octroyée sous la forme d'une somme augmentée de ses intérêts légaux à compter du jour du délit. Si le jugement était constitutif de la créance, pareille solution serait inadmissible, au moins sous cette forme.

La solution que j'ai donnée est la seule qui ne fasse pas dépendre la date de naissance de circonstances contingentes et de l'arbitraire du créancier, ou au contraire, des lenteurs de la procédure. On a vivement critiqué, dans la doctrine, les décisions de la Cour de cassation sur l'opposabilité du concordat (3). On a montré comment l'apparition de créanciers non soumis à

1. Je suppose, bien entendu, qu'un écrit n'est pas indispensable pour la preuve.

2. Il y a là un point délicat, dont l'examen est ici inutile.

3 V. les notes de M. Lyon-Caen, au *Sirey*, 1889.1.5 et 1907.1.433 et de M. Thaller au *Dalloz*, 1898.1.473.

ses clauses pouvait mettre le failli dans l'impossibilité de rétablir ses affaires ; comment il dépendait du créancier, en retardant sa poursuite, d'échapper aux effets du concordat. Inversement, la victime d'un délit qui n'aura obtenu jugement qu'après la déclaration de faillite du coupable sera exclue de la masse. Tout cela paraît choquant : et si l'on est choqué c'est parce qu'on sent bien qu'une fois réalisés le fait imputable et le dommage, les éléments essentiels de la créance d'indemnité existent. Tout le reste n'est que poursuite et procédure. De même, qu'on est d'accord aujourd'hui pour apprécier les conditions de validité d'un contrat d'après la loi en vigueur au moment de ce contrat, parce qu'il est impossible d'exiger l'observation de prescriptions autres, de même on ne peut juger l'illégalité et l'imputabilité d'un fait dommageable que d'après la loi en vigueur au moment de son accomplissement. Et comment concilier ceci avec l'idée que la dette est née seulement du jour du jugement ? (On pourra seulement être tenté, les réparations pécuniaires étant souvent, dans la conscience publique, bien proches des peines proprement dites, de les soumettre à la règle d'application aux faits passés des lois adoucissant les peines ou les supprimant. Mais cette dernière règle, si l'on admet les considérations qui précèdent, constitue elle-même un échec aux principes, et l'on est bien d'accord en général pour la fonder sur un sentiment de bienveillance et de pitié.)

CHAPITRE IV

Le jugement prononçant la compensation

La compensation d'après l'article 1291 du Code civil, exige pour se produire les conditions suivantes des créances réciproques (1) : leur fongibilité entre elles, leur exigibilité, et leur liquidité. Lorsqu'elles sont réunies, la compensation se produit automatiquement, sans qu'il soit besoin ni de la faire prononcer ni même de manifester son intention d'en profiter.

A la condition de fongibilité, il ne peut être passé outre par jugement. Autrement dit le jugement ne peut réaliser chez les créances une identité d'objet qui n'existe pas — sauf, si l'on veut, lorsqu'une dette d'objets déterminés dans leur nature, se résoud, pour inexécution, en dommages-intérêts. — Il n'y peut être suppléé que par l'accord des parties.

L'exigibilité, également essentielle (car, pas plus qu'on ne peut prétendre payer son créancier avec autre chose que ce qui lui est dû, on ne peut prétendre que la présence dans les deux patrimoines de valeurs fongibles

1. Il faut y ajouter : La réciprocité des obligations et la saisissabilité.

réciiproquement dûes, a rendu inutile et par suite fait sous-entendre un double paiement effectif, si celle des parties dont la créance était seule exigible ou qui, aucune des créances ne l'étant, touchait des intérêts plus forts qu'elle n'en payait, avait un intérêt légitime à se prévaloir du délai), — l'exigibilité peut être suppléée (ou réalisée) par accord. Elle peut l'être aussi par la partie dont la dette est exigible alors que sa créance ne l'est pas ; enfin par la déchéance du bénéfice du terme, dont on discute si le jugement qui la prononce est déclaratif ou constitutif : ce que j'aurai à rechercher.

Enfin la liquidité, qui se décompense en certitude, ou absence de contestation sur l'existence des créances, et liquidité proprement dite, ou absence de contestation sur leur montant, peut être obtenue, quand elle n'existe pas encore, soit par accord des parties soit par jugement. Il s'agit de savoir en pareil cas, si la compensation s'est accomplie et si les deux dettes ont été éteintes dès le moment où elles se sont toutes deux trouvées exigibles, ou seulement du jour de l'accord ou du jugement. On n'a pas posé la question en pratique pour le cas d'accord, et peut-être n'est-elle guère susceptible de se poser, car si l'on est d'accord on le sera sans doute sur tous les points, mais on l'a envisagée dans l'hypothèse d'un jugement. Elle est fort importante à trois points de vue : au point de vue des intérêts, car la compensation en arrête le cours ; au point de la prescription, car une créance compensée ne risque plus de s'éteindre par prescription en laissant subsister la créance inverse ; enfin en cas d'opposition sur une des créances ou de faillite d'un des débiteurs après l'exigibilité mais avant le jugement de liquidation : Si la com-

pensation est opérée, l'opposition et la faillite viendront trop tard pour arrêter la créance.

Or les auteurs, sans exception, je crois, n'envisagent même pas la possibilité de faire remonter la compensation au jour de l'exigibilité. La seule divergence porte sur le point de savoir si on lui fera produire effet dès la demande en justice : où l'on doit voir un effet de la demande, quelque soit d'ailleurs la façon dont on construit la théorie des effets de celle-ci. Un parti important refuse même de faire remonter la compensation au jour de la demande. Les auteurs, ou du moins certains d'entre eux, considèrent la compensation comme étant l'œuvre du juge parce qu'il dépend de lui de l'admettre ou de la refuser. « Elle dépend du juge qui peut la refuser, dit Colmet de Santerre (1), et dès lors elle ne peut produire d'effet que du jour où le juge l'a admise. » MM. Baudry-Lacantinerie et Barde disent expressément, donnant le même motif, qu'il ne s'agit pas d'un jugement déclaratif, mais d'un jugement créateur de droit (2).

Pour comprendre comment la question se pose, il faut savoir de quelle façon les choses se passent en pratique. Je suppose un débiteur poursuivi qui se prétend de son côté créancier du demandeur pour une dette fongible et exigible et qui invoque la compensation pour ne pas être condamné à payer matériellement : Seulement la créance qu'il oppose est contestée par son adversaire dans son existence ou dans son montant, de telle sorte qu'elle nécessite un examen attentif, une

1. *Cours analytique de Code Napoléon*, V, n° 251 bis, VIII.

2. *Des obligations*, III, § 1895.

étude particulière, n'ayant peut-être aucun point commun avec l'examen de la créance du demandeur primitif. Que va faire le juge ? Deux partis se présentent : ou bien renvoyer la deuxième question à un deuxième procès et condamner de suite au profit du demandeur ; ou bien sursoir à statuer sur la première demande pour examiner la deuxième, et, si celle-ci est admise, compenser et condamner seulement au surplus, s'il y en a. La compensation étant équitable et utile en pareille hypothèse tout autant que si la deuxième créance n'est pas contestée ou si la contestation est manifestement dénuée de fondement, auquel cas on n'en tient pas compte, l'admission en principe du deuxième parti s'impose, sous peine d'enlever à la compensation une bonne partie de son application pratique : C'est le système qui tend naturellement à s'établir dans la jurisprudence, du jour où les instances cessent d'être rigoureusement délimitées par le principe de l'unité de question. C'est celui qu'avait commencé à pratiquer l'ancienne jurisprudence française (1), et qui s'est développé encore sous l'empire du Code civil avec la disparition complète des obstacles qu'apportait aux prorogations de compétence

1. Ceci résulte de la possibilité même d'introduire une reconvention en vue de compenser, qui fut admise dans l'ancien droit de plus en plus largement. V. de Laurière, *sur l'article 106 de la Coutume de Paris*, 1777, t. I, p. 313 ; Claude de Ferrière, *Nouveau Commentaire sur la Cout. de Paris, sur l'article 106, in fine*. La reconvention paraît même avoir été admise plus facilement quand elle tendait à la compensation. V. Desjardins, *La compensation*, p. 338 et suiv. ; Poullain Duparc, *Principes du Droit Français*, 1770, IX, p. 125 : « Mais quand la demande en reconvention a pour objet d'opérer la compensation, alors, le défaut de connexité n'empêche pas l'effet de la demande de reconvention, qui est en ce cas une véritable exception. » Cf. Chorier, *jurisprudence de Guy Pape*, p. 261.

la patrimonialité des juridictions. On a soutenu, en s'appuyant sur un passage de l'Exposé des motifs de Bigot de Préameneu, que les auteurs du Code avaient entendu rejeter cette pratique comme arbitraire (1) ; mais l'utilité en est si évidente qu'une bonne partie de la doctrine approuve cette jurisprudence (2).

Toutefois, il ne convient pas de surseoir à statuer indistinctement en présence de toute reconvention non manifestement mal fondée, car si la deuxième demande est rejetée, la première étant admise, le demandeur primitif aura souffert du retard dans la condamnation à son profit sans qu'on puisse, hors le cas de mauvaise foi de l'autre partie, ou de faute lourde, le dédommager autrement que par des intérêts moratoires dans l'hypothèse la plus pratique, celle de dettes de sommes d'argent, et par les fruits de la chose, si elle en produit, pour les autres dettes (3). Il faut donc apprécier dans chaque espèce la vraisemblance de la créance présentée en compensation, ce qui est laissé à l'examen du juge du fait : l'existence même d'un titre écrit, qui joue certainement un rôle important, ne me paraît pas devoir forcer le juge à surseoir ; j'insisterai plus bas sur ce point. En tout cas la Cour de cassation reconnaît en principe aux juges du fait le pouvoir entier de surseoir ou de ne pas surseoir (4).

Certains auteurs en ont conclu que, le juge du fait

1. V. dans Baudry et Barde, III, § 1833 le passage et les renvois.

2. Aubry et Rau, IV⁴, p. 227, § 326. Colmet de Sauterre, V, n° 251 *bis*, VII.

3. V. ci-dessus, p. 90 et suiv.

4. V. par ex. Cass., 19 décembre 1871. S. 72.1.230. Cass., 22 juillet 1872. S. 74.1.32. Cass., 28 mai 1873. S. 74.1.79.

étant libre de surseoir ou de ne pas surseoir, ou du moins en décidant par une appréciation personnelle, la compensation, lorsqu'il la prononce après sursis, est son œuvre et ne peut être considérée comme accomplie à une date antérieure : Ils sont même logiques en refusant de la faire remonter au jour de la demande. D'ailleurs, en exposant ce système ils ont eu en vue simplement de critiquer celui qui fait remonter la compensation au jour de la demande. Ils ne paraissent pas avoir eu l'idée de rejeter l'explication courante qui, sans même discuter ce point, tant il est bien admis, tire de l'article 1291 du Code civil cette conclusion, qu'exigeant la liquidité et celle-ci n'existant pas, en présence de contestations, avant le jugement, il exclut par là même toute compensation antérieure. En critiquant cette dernière opinion et montrant qu'à certains points de vue la compensation doit s'être opérée dès le jour de l'exigibilité, malgré l'absence de liquidité, j'aurai par la même combattu la première et montré, comme dans le précédent chapitre, que le pouvoir d'appréciation du juge du fait ne donne pas au jugement un caractère tel que l'effet de droit qu'il consacre ne puisse s'être produit à une date antérieure.

Or, si la compensation se justifie par l'inutilité d'un double paiement, d'un transport d'objets identiques ou au moins se valant, la situation de fait se trouvant exactement équivalente, sans rien faire, à celle qu'on obtiendrait par ce double transport, on conçoit mal comment elle ne produirait pas, lorsque la prétention à compenser n'est déclarée bien fondée qu'après un examen assez long par le juge, les mêmes effets que lorsque celui-ci l'admet d'emblée, — car à cela se réduit la

différence entre la déclaration de compensation légale et la déclaration de compensation judiciaire (1), la première, en cas de contestation, nécessitant aussi bien un jugement. La longueur de l'examen n'empêche pas les valeurs équivalentes, également exigibles, de s'être fait équilibre dans les deux patrimoines et l'on peut de façon aussi équitable et justifiée considérer dès ce moment les deux dettes comme éteintes, qu'on imagine d'ailleurs, un double paiement ou quelque autre fiction. Il y a exactement même raison de décider.

On est donc choqué de voir dans certains cas reculer jusqu'au jugement la cessation du cours des intérêts et admettre que la prescription a pu s'accomplir, alors qu'en d'autres hypothèses on donne des solutions inverses. Et pourtant il paraît impossible de faire autrement en présence de l'article 1291 qui subordonne la compensation à la liquidité des dettes.

C'est qu'en effet le système français de la compensation légale qui a joui pendant longtemps d'un si grand succès parmi les juristes, en raison de sa grande simplicité théorique, ne peut fonctionner en pratique de façon satisfaisante, car il est formé de règles contradictoires : d'un côté on établit une compensation devant fonctionner automatiquement, à l'insu des parties ; de l'autre on exige pour qu'elle se produise les conditions de certitude et de liquidité, ce qui suppose un exa-

1. En procédure, une demande incidente (telle est la demande reconventionnelle) s'introduit de la même façon que des défenses ou conclusions au fond sont présentées : Par acte d'avoué à avoué signifié, en principe, trois jours au moins avant les débats. Cass., 29 novembre 1897. S. 98.1.397. Glasson et Tissier. *Précis*, I, p. 924-931. Code proc., art. 337. D. 30 mars 1808, art. 70.

men actuel d'une créance opposée en compensation. Historiquement, l'explication en est aisée : avant d'établir un système sur la date de la compensation, il faut régler la question de son admission actuelle ; et ce sera toujours la question la plus grave et la plus pratique : le défendeur va-t-il être obligé de payer, sauf à réclamer à son tour paiement en espèces, ou bien pourra-t-il payer en monnaie de compensation ? Sur ce point, comme je l'ai montré, pris entre des intérêts contraires également légitimes, le juge va décider une difficulté actuelle avec les éléments actuels, c'est à dire qu'il devra s'en rapporter à l'apparence, à des probabilités quant à l'existence de la créance et quant au temps nécessaire pour en faire l'examen. Plus tard des problèmes plus délicats juridiquement se présentent, qui supposent le premier résolu, la compensation actuellement admise : Il faut savoir si en droit dès auparavant les créances ne se sont pas fait échec, comme en fait se contrebalançaient dans les deux patrimoines des valeurs égales et de même nature. L'équité, sur laquelle est fondée toute la théorie de la compensation, y incline, et c'est en équité que les jurisconsultes Romains ont admis qu'il ne fallait pas tenir compte des intérêts depuis le jour de la coexistence des deux obligations (1). Il faut décider de même que la prescription n'a pas pu s'accomplir, bien que ceci puisse faire quelque difficulté, le créancier ayant peut-être été réellement négligent. Or, avec un système de compensation automatique, ces solutions deviennent des solutions nécessaires, et non plus seulement favorables ; c'est là sa supériorité

1. Girard, *Manuel*, 5^e éd., p. 709, n. 3.

apparente : mais par contre, si l'on subordonne cette compensation automatique aux conditions de son opposabilité actuelle, on soustrait au bénéfice de ces règles équitables une bonne partie des cas : ceux où l'une des créances est sérieusement contestée ou non liquide.

Tout ceci résulte de la superposition au *xvi^e* siècle de la théorie de la compensation s'opérant *ipso jure*, au système de la pratique établi au point de vue de l'admission d'une compensation actuellement demandée et qui avait emprunté au droit de Justinien la condition de liquidité. La combinaison se fit fort mal et nos anciens auteurs ont raisonné dans une confusion constante entre les effets de la compensation Romaine, par voie d'exception, et de la compensation légale (1). On sait comment le Code civil a combiné les deux idées.

Reste à savoir si la jurisprudence accepte deux sortes de compensations, dont l'une ne pourrait remonter au-delà du jour du jugement qui la prononce. Il faudrait pour admettre un système aussi illogique, je veux dire aussi en désaccord avec le caractère de la compensation, et aussi inéquitable, que ce jugement fût vraiment un jugement constitutif, comme le veulent certains auteurs.

On distingue dans la liquidité au sens large, deux éléments : La certitude, ou absence de contestation sérieuse, et la liquidité proprement dite, ou détermination de la créance dans son montant : C'est cette dernière que je désigne par le mot liquidité. L'absence de liquidité paraît constituer au point de vue de la com-

1. V. Desjardins, *Compensation*, p. 294, 295. Saleilles, *Théorie de l'Obligation d'après le projet de Code civil allemand*, 2^e éd, p. 56, n. 4.

pensation, un défaut moins grave que l'incertitude, car elle n'est qu'une incertitude relativement au montant de la dette (1). Pourtant sur cette hypothèse, la jurisprudence est divisée : La Cour de cassation le 3 février 1819 (2) a décidé qu'une créance non liquide avait pu, par la compensation, empêcher la prescription. Sans doute elle dit : « Attendu que cette créance était liquide et exigible sans aucun procès et sans autre retard que celui du règlement du mémoire (d'honoraires de médecin) par le jury médical, » mais la nécessité d'évaluation par le jury médical, entraînant un certain retard, constitue précisément l'absence de liquidité. La cour de Bourges (3) a pu, sans encourir la cassation, refuser d'admettre que la compensation se fût opérée entre deux créances liquides, dont une seule productive d'intérêts, pour pouvoir compenser cette dernière avec une autre créance également productive d'intérêts, mais non liquide, et précisément pour compenser les intérêts. Mais d'autres décisions se sont prononcées nettement en sens contraire : « Attendu, dit la Cour de cassation, le 25 juillet 1892, que ces dettes ne sont devenues liqui-

1. Alors qu'une contestation jugée sérieuse fait d'ordinaire refuser la reconvention avec sursis (Cass. 29 fructidor, an VI; 18 mai 1813; 3 février 1819 : P. chr. Cass. 22 juillet 1872, P. 74.50. S. 74.1.32. Agen, 24 juillet 1865. P. 66.469. S. 66.2.113), au contraire quand il y a seulement absence de liquidité, les juges surseoient fréquemment à statuer pour liquider et compenser (Cass. 5 janvier 1830. Rennes, 18 décembre 1835, P. chr. Cass. 4 août 1851, P. 52.2.671. S. 51.1.809. Cass. 19 décembre 1871. P. 72.546. S. 72.1.230).

2. P. chr.

3. Sous Cass. 9 août 1842. P. 43.1.470. Ce que critique Desjardins, p. 356, disant que par là on « substitue à la compensation légale une compensation purement discrétionnaire de la part du juge ».

des que par la décision qui en a déterminé le chiffre ; d'où il suit qu'en n'opérant la compensation qu'à ce moment l'arrêt attaqué n'a fait qu'une saine application de l'article 1291 (1). »

En ce qui concerne la certitude, il est intervenu un arrêt remarquable de la Cour de cassation (2) dans une affaire où une des créances avait été contestée, mais déclarée valable par un arrêt bien antérieur au moment où la compensation était invoquée pour ne pas payer d'intérêts : la Cour a décidé qu'elle s'était opérée non pas seulement au jour où la contestation avait été tranchée, mais à celui, plus ancien, de la coexistence des deux dettes exigibles, sans dire que la contestation n'eût pas été sérieuse. L'espèce était favorable : c'était celui-là même qui avait prétendu, à tort, sa dette viciée, qui voulait encore se faire payer des intérêts. D'autre part la décision qui tranchait la contestation n'ayant pas prononcé la compensation, on n'était pas tenté de considérer celle-ci comme son œuvre. Sans doute l'arrêt paraît attacher une grosse importance à ce fait que la créance contestée était représentée par un titre écrit (3), et le conseiller rapporteur y insiste également. Mais la raison est insuffisante : si l'existence d'un titre est importante lorsqu'il s'agit pour les juges d'admettre ou non

1. D. 92.1.488. De même : Bordeaux, 5 mai 1830. P. chr. D'autres arrêts pourraient y être adjoints pour leurs motifs, mais en réalité n'ont pas eu à trancher la question : Cass. 23 mars 1870. S. 70.1.382 ; 18 octobre 1887. S. 89.1.151.

2. 7 février 1883. S. 85.1.300. P. 85.1.739.

3. « Attendu que, des contestations élevées longtemps après contre l'existence et la sincérité de ce billet ont été rejetées par un arrêt du 11 février 1878, mais que ce n'est pas à la suite et par l'effet de cet arrêt que ladite dette est devenue liquide ; qu'elle l'était déjà par elle-

une demande reconventionnelle et de surseoir (1), parce qu'il confère au droit prétendu une certaine apparence, elle n'empêche pas la possibilité d'une contestation sérieuse et n'entraîne pas l'obligation pour le tribunal d'admettre la reconvention. La solution de la Cour de cassation, quelque soit l'effort des motifs pour la rattacher aux règles couramment admises, conduit logiquement à faire remonter la compensation plus haut que l'époque de la certitude et liquidité. Elle s'imposait dans l'espèce : Comment admettre le débiteur à invoquer pour faire rejeter la compensation une contestation qu'il a soulevée lui-même à tort ? C'est pourtant une argumentation toute indiquée et fréquemment employée pour chercher à échapper aux effets de la compensation (2).

Je conclus, soutenu par ces arrêts, qu'*entre les parties*, lorsque la compensation est actuellement admise, on devra la faire remonter à l'époque de l'exigibilité des deux dettes : A partir de ce moment, aucun des deux créanciers n'ayant un droit à tirer profit à la fois des

même et *en vertu du titre* sur lequel elle reposait ; qu'à cet égard l'arrêt précité a un sens et un effet purement déclaratifs. »

1. On lit dans Loysel. *Institutes coutumières*, V. 2. 4 : « Compensation n'a lieu si la dette qu'on veut compenser n'est liquide et par écrit. » Merlin rapporte un procès où on avait contesté qu'une créance fondée sur un titre exécutoire pût être compensée par une créance justifiée par un titre non exécutoire. La Cour de cassation rejeta ce système. Rép. v° *Compensation*, § II, n° 1.

2. On a même vu soutenir à propos de l'empêchement que la compensation oppose à la prescription, que le seul fait de prétendre prescrite la créance est une contestation suffisante pour la rendre incertaine et la compensation légale impossible, ce qui enferme dans un cercle vicieux. Bien entendu cette argumentation n'a pas été admise : Cass. 6 février 1833, P. chr. ; 30 janvier 1855, P. 55.1.609. S. 55.1.130.

deux valeurs (droit qu'il a pu avoir au contraire lorsqu'une seule était exigible), et se trouvant dans la même situation de fait que si les deux paiements avaient eu lieu, il n'y a plus à parler ni d'intérêts pour jouissance, ni de prescription frappant le créancier négligent. J'admettrai même la compensation à la date de la coexistence des dettes exigibles au cas où le sursis ayant été refusé sur la reconvention, la condamnation aurait eu lieu sur la première demande, mais où la condamnation sur la deuxième serait intervenue avant le paiement. Enfin, surtout dans un système de compensation automatique, à l'insu des parties, il faudrait en dire autant alors même que le paiement de la première créance aurait eu lieu, pourvu qu'il ne soit pas considéré comme entraînant renonciation à la compensation : L'utilité en subsiste quant aux intérêts et à la prescription.

Reste la question de la date de la compensation dans les rapports avec les tiers, dont on s'est beaucoup préoccupé à l'époque récente : En effet le créancier d'un débiteur insolvable qui se paie par compensation, échappe à la réduction à un dividende et jouit de l'équivalent d'un privilège. Ici la jurisprudence française applique strictement le système de la compensation légale tel qu'il est admis couramment, c'est-à-dire s'opérant automatiquement au jour de la liquidité. De sorte que seuls seront privilégiés ceux dont la créance sera, au procès postérieur à la déclaration de faillite, estimée d'emblée certaine et liquide (1). Pratiquement cette différence avec le règlement des rapports entre parties,

1. Cass., 22 octobre 1907. S. 09.1.513; 13 mai 1879. D. 80.1.29.

tel que j'ai cru pouvoir l'établir, s'explique facilement par le désir de maintenir l'égalité entre créanciers du failli. Mais en droit on y voit d'abord une contradiction. Et puis, lorsqu'il ne s'agit plus d'un conflit avec la masse d'une faillite, mais avec un cessionnaire de créance ou un saisie-arrétant, le même besoin d'égalité n'existe pas ou existe à un degré bien moindre, et pourtant la jurisprudence donne la même solution (1). Si une distinction quant à la date entre la compensation des créances liquides et de celles qui ont besoin d'être liquidées ou sont contestées, a été jugée illogique, surtout dans un système de compensation légale, ne l'est-elle pas partout et à tous points de vue ?

Pas autant qu'il paraît. Car à voir le fond des choses, la question des rapports entre parties et celle des rapports avec les autres créanciers du débiteur sont de nature très différente et on conçoit qu'elles ne soient pas soumises aux mêmes principes : Dans la première, il s'agit de régler équitablement un compte réciproque et la solution à donner paraît si bien s'imposer qu'elle a été admise dans des systèmes très différents, au besoin à l'aide d'une fiction de rétroactivité (2). Dans la deuxième, c'est la course entre créanciers, à qui sera payé le plus vite, et la question de date devra être appréciée très strictement, et sans qu'une rétroactivité puisse être admise. Si l'on attribue, comme certaines théories

1. Cass., 10 juin 1902. S. 04.1.121. Paris, 11 janvier 1867. S. 67.2.258. P. 67.927 (opposition à partage). Douai, 24 janvier 1901. D. 02.2.302 (opposition par le créancier d'une succession bénéficiaire). Aix, 18 novembre 1837, sous cass., 12 janvier 1841. P. 41.1.404.

2. Code civil allemand, art. 138. Saleilles, *Théorie de l'obligation*, 2^e éd., n° 64. — Pour le droit romain, V. Girard, 5^e éd., p. 709, n° 3.

modernes, au créancier qui se trouve en même temps débiteur de son débiteur, un droit de gage sur sa propre dette (1), la difficulté est résolue d'emblée dans le sens d'un privilège qui existera alors même qu'au moment de la faillite une des créances ne serait pas exigible : Ceci montre qu'on est dans un domaine tout différent de celui de la compensation entre parties. Mais la jurisprudence française, entrant dans la même voie, ne voit pas dans la seule identité des parties aux dettes réciproques, un motif et un lien suffisants pour que ces dettes se garantissent l'une l'autre : Elle veut qu'elles soient « connexes » provenant du même contrat ou de la même opération, ou faisant partie d'un même compte dans lequel elles viennent se fondre de telle sorte que seul un reliquat est dû (2). En l'absence de connexité, la compensation est admise si la créance était liquide avant la faillite ou la saisie ; elle est rejetée au cas contraire. On l'explique en analysant la compensation comme un paiement abrégé : Le paiement ne doit pas avoir lieu après faillite ou saisie ; et il n'est pas possible pour une dette non liquide, puisqu'on ne sait pas ce qui est dû : « Le débiteur ne saurait être contraint de payer et il n'est pas admis à offrir le paiement au créancier (3). » Le motif n'est pas très satisfaisant, parce que les règles d'un paiement actuel ne s'imposent pas pour un paiement automatique. On est tenté encore, puisqu'il s'agit de course entre créanciers, de dire que

1. Saleilles, *op. cit.*, n° 60 et suiv.

2. V. Lyon-Caen et Renault. *Traité de Dr. Com.*, VII², n° 217. Thaller et Percerou, *des Faillites et Banqueroutes*, I, n° 499 bis.

3. Baudry-Lacantinerie et Barde, *des obligations*, III, n° 1830. Planiol, II⁶, n° 572.

celui dont la créance n'était pas liquide s'est montré négligent en ne la faisant pas liquider : mais, — outre que ceci s'applique moins bien quand c'est la créance du failli qui n'était pas liquide, — s'il ne l'a pas fait liquider vite, c'est peut-être précisément parce qu'il se considérait comme garanti par sa propre dette, et la perspective de la compensation serait devenue pour lui comme un piège tendu.

Ici encore, le système français de la compensation légale est injustifiable, non pas ainsi qu'au premier point de vue, comme restreignant l'application de cette équitable institution, mais au contraire comme l'ouvrant trop largement, alors que par ailleurs on juge la connexité nécessaire pour que les dettes se garantissent l'une l'autre comme ferait le nantissement (1).

La distinction faite entre la compensation légale et la compensation judiciaire a aussi entraîné en droit fiscal des traitements différents, la première n'étant soumise qu'au droit fixe, et la deuxième au droit proportionnel comme constituant une libération par acte (2).

1. V. à un point de vue différent, Saleilles, *op. cit.*, n° 63. Montrant que d'après la loi allemande des faillites, les dettes réciproques se servent l'une à l'autre de gage sans qu'on exige la connexité, et paraissant croire qu'une tendance générale conduit dans les différents pays, vers ce système, il constate qu'avec la compensation légale, nous en avons l'équivalent pour une partie des cas.

2. Wahl. *Traité de Droit fiscal*, I, n° 524 et 622. En appliquant, tel quel, le système de la compensation automatique au jour de la liquidité, on peut fort bien dire que la compensation n'est pas produite par le jugement qui liquide et ne condamne qu'au surplus en déclarant qu'il compense : au moment où existe la liquidité, la compensation s'opère d'elle-même. Si l'on prétend que le jugement doit être soumis au droit proportionnel parce qu'il constitue bien le titre de l'extinction des dettes, il faudra en dire autant du jugement consta-

Cette distinction est difficile à justifier si l'on admet les considérations qui précèdent.

Il peut arriver que non plus la liquidité, mais l'exigibilité, ne soit obtenue de façon pratiquement utile que par le moyen d'un jugement : il en est ainsi au cas de déchéance du terme pour diminution des sûretés ou par suite de la déconfiture (1188 C. civ.). Il faut bien, en présence de contestations obtenir un jugement. Or, un débat s'étant élevé pour savoir si la déchéance du terme s'était produite dès l'existence de l'état de déconfiture, ou seulement au jour du jugement qui la prononce (ou au moins au jour de la demande) la Cour de cassation a décidé : « que la déchéance du terme résultant de l'insolvabilité du débiteur n'est pas encourue de plein droit, qu'elle doit être demandée en justice ; que le juge la prononce, s'il y a lieu, après vérification des faits qui la motivent ; que les effets du jugement qui rend ainsi la dette exigible ne sauraient en aucun cas remonter au delà du jour où la demande de paiement a été formée (1). » De telle sorte que la compensation n'avait pu s'opérer au détriment de créanciers qui avaient fait opposition entre les mains de l'héritier bénéficiaire postérieurement à la déconfiture (on pouvait la fixer au plus tard de façon certaine au décès du débiteur) mais avant la demande en paiement anticipé. Les motifs sont à peu près ceux

tant la compensation légale. La soustraction au droit proportionnel de ce dernier jugement n'a d'ailleurs pas été admise sans résistance. V. Wahl, I, p. 474. n° 4 ; les notes au P. 71.1.178, S. 81.1.60 et P. 85.1.1090, S. 85.1.457. Note au P. 54.2.37.

1. Cass. 30 mai 1892. S. 92.1.481, D. 92.1.281. Cf. en droit fiscal : Cass. 14 mars 1854, P. 54.2.37.

que nous avons déjà vu donner pour dire qu'un jugement est constitutif de droit. Dans une note au *Sirey* sous cet arrêt, M. J.-E. Labbé précise cette idée : « Le jugement, dit-il, est déclaratif quand il porte sur la constatation d'un fait simple, unique, auquel la volonté des parties a attaché une conséquence nette et précise. Le jugement n'a pas ce caractère lorsque le juge est investi par le législateur d'un pouvoir d'appréciation en vertu duquel il modifie l'état créé par la volonté des parties. Il en est ainsi quand, par exemple, il modifie le régime adopté par les époux en prononçant la séparation de biens ; il en est de même quand, pour une cause ayant une certaine analogie avec les causes de la séparation de biens, il enlève à un débiteur l'avantage d'un terme stipulé... L'apparence de l'insolvabilité est un fait complexe, muable, susceptible de progrès, qui éclate et se fixe par une décision du juge. » Il fait ensuite valoir que cette solution maintient l'égalité entre les créanciers. Il est vraisemblable que cette considération n'a pas été étrangère à la décision de la Cour Suprême. La doctrine est dans le même sens (1) (je laisse de côté la question de l'effet de la demande), bien plus, d'ailleurs, à cause de la difficulté à déterminer la date de l'insolvabilité (2) que par l'idée d'un caractère constitutif du jugement.

1. Baudry Lacantinerie et Barde. *Des Obligations*, III, § 1837.

2. Aubry et Rau, IV⁴, § 326, n. 16. « La déconfiture, c'est-à-dire l'insolvabilité d'un non-commerçant, n'étant légalement attachée à aucun fait à la date duquel on puisse rencontrer l'exigibilité de la dette, il ne saurait y avoir lieu à compensation qu'à partir du jugement qui, en déclarant la déconfiture, prononce la déchéance du bénéfice du terme. »

Outre les objections déjà faites au système d'après lequel un grand pouvoir d'appréciation du juge du fait le ferait créateur du droit (1), on peut dire ici que si le jugement était constitutif, il le serait à tous points de vue et la déconfiture ne pourrait jamais être placée à une époque antérieure.

Or on admet que la dissolution d'une société de personnes pour déconfiture d'un associé a lieu de plein droit, par opposition à la dissolution pour juste cause, qu'on appelle judiciaire, parce que les juges y ont un pouvoir d'appréciation sur « la légitimité et la gravité » des motifs invoqués (1871, C. civ.) (2). On veut dire par là qu'une fois constaté l'état de déconfiture, le juge est obligé de déclarer la société dissoute sans apprécier l'opportunité de la dissolution (3). Sans doute personne ne prétend que la déconfiture n'ait pas besoin ici comme ailleurs d'être constatée par jugement en cas de contestation et dégagée par le juge du fait. Mais le rôle personnel du juge y est considérablement moindre que dans la dissolution pour juste cause et le jugement semble, par comparaison, purement déclaratif.

Or il n'est pas vrai que la date du jugement de dissolution pour juste cause soit nécessairement la date de cette dissolution. Si l'on ne peut la fixer plus haut que le jour de la demande (les opérations postérieures à cette demande, autres que de liquidation, devant rester dans

1. V. ci-dessus, p. 154.

2, V. Arthuys. *Traité des Sociétés com.* II, n° 735; Thaller et Pic. *Des Sociétés*, I, § 588; Baudry-Lacantinerie et Wahl. *Société...*, n° 421.

3. Ainsi jugé pour le cas de faillite, qu'on assimile naturellement la déconfiture : Paris, 5 janvier 1853, P. 54.2.341, S. 53.1.684.

les rapports entre associés à la charge de celui qui les a faites¹, c'est parce que la société subsiste et fonctionne en fait malgré la survenance d'une cause de dissolution, sans que, en raison de l'incertitude sur le point de savoir non seulement si la dissolution serait prononcée, mais même si elle sera demandée, aucun associé ait le devoir de suspendre les opérations sociales. Celui qui juge la dissolution nécessaire est très suffisamment protégé par son droit de la demander dès qu'il le trouve bon. De façon générale, au contraire, dans les cas énumérés par l'article 1865, mort, interdiction d'un associé, perte de la chose, etc., les causes de dissolution étant des faits qui sont considérés comme devant entraîner sinon nécessairement (1), du moins normalement, la dissolution, chaque associé, en l'absence de renonciation des autres à invoquer la dissolution (et même alors elle peut l'être par un tiers), doit croire qu'elle sera demandée et agir en conséquence. On pourra seulement, s'il a, en fait, ignoré la cause de dissolution, considérer ses opérations, jusqu'au jour où il l'a connue, comme opérations sociales à l'égard de tous les associés. Mais il ne faut pas voir dans le pouvoir du juge d'apprécier l'opportunité de la dissolution dans le cas de l'article 1871, la cause de la différence possible quant à la date dans les deux séries d'hypothèses. Cette différence vient de ce que certains événements peuvent être considérés suivant les espèces comme devant ou ne devant pas

1. On l'admet en général : V. Arthuys, II, § 722. La renonciation à invoquer la cause de dissolution ne pourrait avoir lieu qu'avant sa réalisation. Mais il n'est pas vrai que la jurisprudence admette entièrement ce système. V. Cass., 7 décembre 1858, S. 59.1.619, P. 59.1051 ; 16 janvier 1884, S. 84.1.240, P. 84.1.567.

entraîner une dissolution : de là résulte à la fois la nécessité d'une appréciation de l'opportunité et de la persistance de la société tant que personne n'en demande la dissolution. Ce sont là deux conséquences parallèles de l'état d'incertitude où l'on se trouve. La persistance de la société jusqu'au jugement ou à la demande de dissolution ne résulte pas du pouvoir d'appréciation. On exige que celui qui demande la dissolution pour juste cause prenne le rôle du demandeur et saisisse lui-même la justice, plutôt que de le laisser s'en aller, donner sa démission, sauf aux autres à plaider contre lui (1), précisément pour ne pas aggraver les inconvénients de la période d'incertitude, si grands lorsque sont engagés de nombreux intérêts : sans doute par l'effet de la demande, les opérations nouvelles devront être suspendues même dans ce système, mais, au procès sur son existence, la société aura la situation de défenderesse et jouira du bénéfice du maintien de l'état présent : avantage surtout extérieur et de forme, mais considérable pour une société quand il s'agit de son existence même.

Certainement aussi la société subsistera à l'égard et au profit des tiers jusqu'au jugement la dissolvant pour

1. La dissolution par la volonté d'un seul associé (art. 1875, 5°), qu'on n'admet que dans les sociétés à durée illimitée (Arthuys, II, n° 742), répond à un besoin tout différent. Elle suppose un motif tout personnel à l'associé qui veut s'en aller et non un événement qui met ou risque de mettre la société en fâcheuse posture. Elle a d'ailleurs les inconvénients signalés au texte quand elle est faite de mauvaise foi ou à contre temps et que les autres associés doivent plaider. Mais du moment qu'on admet un pareil mode de dissolution, sans motifs, on ne peut établir que l'associé devra soumettre à la justice une demande en dissolution.

juste cause, mais ce sera à cause de leur bonne foi, en face d'une société ayant continué à fonctionner en fait. Et d'ailleurs on pourrait en dire autant pour les actes postérieurs au jugement, si l'on n'exige pas la publicité du jugement (1), et aussi pour les actes postérieurs à l'arrivée d'une cause de dissolution considérée comme opérant de plein droit. Même je ferai observer que la nécessité de la publication quelque soit la cause de dissolution, a été soutenue, et que si ce système n'a pas triomphé, c'est uniquement par suite d'une interprétation stricte de l'article 61 de la loi de 1867 qui ne parle de publicité que pour la dissolution résultant « d'actes ou de délibérations » (2); d'autre part la distinction entre les deux séries de causes de dissolution peut se défendre, quoique de façon un peu imparfaite, dans un système qui se préoccupe des tiers de bonne foi, en disant que ceux-ci ont pu connaître des faits patents comme la mort ou l'interdiction, au lieu qu'ils n'ont pu connaître une juste cause de dissolution encore problématique et peut-être cachée. En tout cas, le besoin de protection des tiers qu'on ressent vivement aujourd'hui, risquerait d'être fort mal satisfait par des solutions tranchées, fondées sur les idées de jugement déclaratif ou constitutif.

Pour en revenir à la déconfiture, un arrêt fort curieux (3), rendu à propos de la dissolution des sociétés par la déconfiture ou la faillite d'un associé, l'a considérée comme s'étant produite dès avant tout jugement et

1. Sur ce point, Arthuys, II, § 805.

2. Lyon-Caen et Renault, II¹, § 356. Cass., 15 décembre 1880, S. 82. 1.5; et la note J.-E. Labbé.

3. Cass. req., 4 août 1880, S. 81.1.56, P. 81.1.125.

même toute demande. Des effets de commerce avaient été adressés à une société de banque par un individu en compte avec elle, et bien qu'arrivés à la banque après la fuite d'un des associés et l'arrivée d'une lettre où il annonçait à son co-associé sa déconfiture et sa fuite, avaient été versés par ce dernier au portefeuille et portés au compte. La Cour de Caen, pour décider que nonobstant l'article 574 du Code de commerce qui n'admet pas la revendication d'effets ainsi versés purement et simplement au compte courant, ils pouvaient être revendiqués dans l'espèce malgré la faillite de la société prononcée avec celle de l'associé en fuite, déclarait « que cette fuite et cette lettre qui en est l'explication, sont à la fois l'aveu et la preuve certaine de la déconfiture personnelle de Mallet, et qu'à partir du moment où Proct en a eu connaissance, la société a cessé d'exister » et n'a pu par suite acquérir les effets de commerce. La Cour de cassation, rejetant le pourvoi, motive un peu autrement : elle constate que la cessation des paiements de l'associé en fuite a été fixée à une date antérieure à l'envoi des effets : « Il suit de là qu'en décidant que les effets expédiés par Roussel à la société Mallet, Proct et C^{ie}, dans l'ignorance où il était de sa dissolution n'ont pu être transmis à la dite société et sont restés la propriété de l'expéditeur... » la cassation n'a pu être encourue. La Cour d'appel, traitant l'espèce sans distinguer entre la déconfiture et la faillite et sans chercher dans les règles cette dernière des motifs spéciaux de décider, constatait la déconfiture avouée et la connaissance de cette déconfiture par le co-associé. Il n'a pu dépendre de ce dernier, pense-t-elle, de faire subsister la société. La Cour de cassation, raisonnant seule-

ment pour le cas de faillite, précise davantage, et, logiquement, son raisonnement vaut aussi pour la déconfiture. Elle place la dissolution à la date de la cessation des paiements telle qu'elle est fixée lors de la faillite de l'associé. Il faudra la placer pour la déconfiture, à une date correspondante qui sera, semble-t-il, celle de la déconfiture notoire.

Ce système soulèvera des objections : on dira que dans le Code de commerce la recherche de la date de cessation des paiements a été établie uniquement en vue de l'annulation des actes postérieurs par lesquels des individus seraient avantagés au détriment de la masse, non en vue de l'hypothèse où il s'agit non d'un individu contre qui est demandée, mais d'un individu qui demande la nullité d'un acte par lui passé avec le failli. Cependant il me semble moins arbitraire de prendre la date de la cessation des paiements que celle du jugement déclaratif (1). C'est le moment où le commerçant est notoirement au-dessous de ses affaires, au lieu que le jugement déclaratif, qui n'existait pas sous l'ancien droit est surtout destiné à ouvrir la procédure de faillite (2). Jusqu'en 1838 le dessaisissement remontait à la date de la cessation des paiements (3) et si on l'a remplacé alors par un système de nullités moins rigoureux c'est par faveur pour ceux qui ont traité de bonne

1. Il n'est pas question d'en prendre une troisième qui serait la date de l'insolvabilité. Outre la difficulté de la déterminer, l'insolvabilité le plus souvent ne se sera pas manifestée dès l'abord par un signe extérieur. Il est beaucoup plus équitable de s'attacher à un fait patent qui a pu être connu et l'a été de certains.

2. V. ci-dessous, chapitre VI.

3. C. com., 442 ancien.

foi avec le commerçant. Ces nullités représentent un dessaisissement atténué et il est toujours vrai que l'état de faillite commence avant le jugement déclaratif.

En tout cas les arrêts cités considèrent la dissolution de la société comme s'étant produite avant le jugement déclaratif ; c'est qu'il faut étendre à la déconfiture (la Cour d'appel emploie d'ailleurs ce mot), n'y ayant aucune raison de distinguer. Et ceci montre que l'idée de jugement constitutif ne s'impose point.

Je ne prétends pas, d'ailleurs, que tous les effets de la déchéance du terme se produisent au jour où le débiteur s'est montré hors d'état de remplir ses engagements. Ainsi, en admettant l'opinion d'après laquelle les intérêts conventionnels ne sont dûs que jusqu'à l'échéance (1), ils ne cesseront pas de courir au jour où existera l'état de déconfiture (Cf. art. 445 C. com.). De même pour la compensation : M. Planiol, dans une note au *Dalloz* sous l'arrêt de 1892 (2), a posé la question sur son véritable terrain, montrant que la déchéance du bénéfice du terme avait simplement pour objet de permettre au créancier à terme de prendre part aux poursuites, au lieu de voir les autres se payer, au moins partiellement, sans pouvoir rien faire : c'est dépasser le but que d'en faire résulter pour lui l'équivalent d'un privilège (3) : de même, ajouterai-je, qu'on

1. Baudry-L. et Wahl. *De la société du prêt*, etc. n° 904.

2. D. 92.1.281.

3. Pour la faillite, l'article 444 C. com. rattache expressément au jugement déclaratif l'exigibilité des dettes à terme. On a pourtant discuté pour savoir si la compensation n'avait pas le temps de se produire, le dessaisissement et l'exigibilité se produisant au même instant. Bien entendu on a décidé que non. Lyon-Caen et Renault VII³, n° 216. Cass. 27 juin 76. S. 77.1.242.

dépasserait le but en tirant pour le débiteur, une décharge d'intérêts (1), ce qui résulterait strictement de l'idée d'exigibilité combinée avec celle que les intérêts conventionnels ne sont dûs que jusqu'à l'échéance (je fais toutes réserves sur l'exactitude de ce dernier point).

J'ajouterai ici quelques mots sur les dettes d'aliments non contractuelles. Il y aurait même raison qu'au cas de dette d'indemnité, de compensation ou de déconfiture, d'attribuer au jugement un caractère constitutif : Jusqu'à son prononcé, la créance est incertaine dans son existence et son montant. Il faut une appréciation des faits par le juge. Du caractère constitutif du jugement résulterait l'impossibilité de mettre à la charge du débiteur d'aliments des dépenses antérieures au jugement, ou du moins à la demande. Or je crois que la pension alimentaire peut être allouée dès une époque antérieure à la demande, dans le but de payer des dettes : C'est ce qu'a fait la Cour de Bruxelles le 19 janvier 1811 (2) ; d'autres arrêts ont admis la personne qui avait pourvu aux besoins du créancier d'aliments, à réclamer le remboursement de ses dépenses à celui qui était chargé de pourvoir à son entretien (3). Sans doute ceci sera exceptionnel, car on peut repro-

1. Au cas où de stricts défenseurs du système de compensation légale du Code civil prétendraient que la compensation a précisément pour but de dispenser de paiement et de poursuites et doit se produire nécessairement à l'exigibilité, c'est-à-dire dès le moment où le créancier peut poursuivre, on pourrait répondre : Sans doute l'exigibilité existe, mais il manque la *liquidité de l'exigibilité* qui doit empêcher la compensation comme l'absence de liquidité de la créance.

2. P. chr. S. 1811.2.317.

3. Rennes, 26 août 1820. Lyon, 25 août 1831. P. chr. Douai, 22 août 1849. P. 50.2.26. S. 30.2.586,

cher au créancier de n'avoir pas demandé plus tôt, s'il avait besoin ; et d'autre part, les aliments à fournir, calculés d'après les facultés du débiteur, doivent semble-t-il, être pris sur les revenus : Or les revenus passés peuvent avoir été dépensés. Mais on peut dire, en sens inverse, que le créancier d'aliments, parent ou allié du débiteur, hésitera avant d'agir en justice, et ne le fera qu'après un temps de gêne plus ou moins long. D'autre part Aubry et Rau (1) admettent le créancier à réclamer les arrérages de la pension pour le passé lorsqu'il a été dans l'impossibilité, pendant un temps, d'actionner le débiteur et à dû contracter des dettes pour vivre. Il y a là une question de mesure. Mais restreindre *a priori* au temps à venir le devoir d'assistance serait l'interpréter bien étroitement ; la forme de pension à arrérages périodiques que prend presque toujours la dette alimentaire, ne lui est pas essentielle : Correspondant à la périodicité des dépenses, elle s'adapte le mieux du monde aux besoins futurs. Mais il n'en résulte pas que des dettes antérieures ne doivent pas être payées, si autrement, l'assisté restant exposé à des saisies, l'aide n'est pas suffisante, sans d'ailleurs atteindre la limite des facultés du débiteur.

1. *Cours de Droit civil*, VI, p. 108. La question de savoir si celui qui a fourni des aliments à une personne peut, après la mort de celle-ci, réclamer le remboursement de ses dépenses à ceux qui, d'après la loi, pouvaient lui devoir des aliments, doit en théorie se résoudre aussi par l'affirmative. Mais pratiquement elle est fort délicate, car on ne sait pas facilement les motifs qui ont déterminé le défunt à ne pas demander de pension ; le tiers assistant peut paraître transformer en entreprise intéressée ce qui semblait d'abord une aide bienveillante. V. Cass. 17 mai 1819. P. chr. S. 19.1.308. Cf. Cass. 8 mai 1812. P. chr. S. 12.1.324.

CHAPITRE V

Le jugement de validité de saisie arrêt.

C'est le jugement qui déclarant le saisi réellement débiteur du saisissant et, en tant que besoin, c'est-à-dire si ceci est contesté, la saisie valablement faite, ordonne au tiers saisi de payer au saisissant ce qu'il doit au saisi, par quoi il sera déchargé.

La jurisprudence, à laquelle depuis la loi du 17 juillet 1907 la doctrine, jusque là en partie opposée, paraît davantage se rallier, fait résulter de ce jugement une attribution exclusive de la créance arrêtée au profit de celui qui l'a obtenu, de telle sorte qu'il n'a plus à craindre le concours d'opposants postérieurs ni les effets d'une déclaration de faillite du débiteur empêchant toute attribution exclusive nouvelle. Sans doute les arrêts exigent pour cette attribution que le jugement soit passé en force de chose jugée, c'est-à-dire que les délais d'opposition et d'appel soient expirés ou que la décision sur opposition ou appel ait été rendue, et d'autre part que la décision judiciaire ait été signifiée au tiers saisi ; mais, outre que ces précisions n'ont pas été faites dès l'abord, on n'a jamais fourni d'autre justification du système que celle donnée par les arrêts de la première partie du

xix^e siècle, qui y voyaient un effet propre du jugement de validité, ou de « main vidange », ordonnant au tiers saisi de vider ses mains dans celles du saisissant. On lit d'ailleurs dans le *Précis de procédure civile* de M. Glasson (1), après un exposé des avantages pratiques de cette jurisprudence : « Sans doute il résulte de là que, dans ce cas, le jugement est translatif de droits et non pas seulement déclaratif. Mais n'est-ce pas là l'effet ordinaire des jugements qui interviennent dans les voies d'exécution (2) ? » La grosse objection faite au

1. 2^e éd., par M. Tissier, II, p. 359. Personnellement, M. Tissier est hostile au système de la jurisprudence. V. *Sirey*, 1900.1 121.

2. Ceci fait allusion sans doute au jugement d'adjudication sur saisie immobilière, qui doit en effet être transcrit comme les actes translatifs de propriété immobilière (loi 23 mars 1855, art. 1, 4^e). Cf. Garsonnet. *Traité de Proc* IV¹, § 695 : « Ce jugement n'est pas déclaratif de droits préexistants ; il transfère la propriété de l'immeuble saisi à l'adjudicataire qui n'y avait encore aucun droit, et delà la nécessité de le transcrire. » Mais Garsonnet reconnaît lui-même au même paragraphe que le jugement d'adjudication, en dehors des solutions de contestations qui peuvent y être contenues, est un simple procès-verbal qui constate que tel jour les enchères ont été ouvertes et qu'un tel, ayant mis la plus forte enchère, est demeuré adjudicataire, ou, qu'aucune enchère, n'ayant été faite, le poursuivant est demeuré adjudicataire pour la mise à prix. » En réalité l'acquisition de propriété, qui justifie la nécessité de transcrire, est produite par la manifestation de volonté de l'enchérisseur, en conséquence du pouvoir des créanciers de vendre les biens de leur débiteur. Le jugement, qui n'est même pas un jugement d'homologation, mais un simple procès-verbal, intervient parce que la procédure de saisie immobilière est judiciaire et que l'adjudication, en particulier, a lieu devant le tribunal : Celui-ci, qui doit la constater, le fait naturellement par un jugement, qui offre d'ailleurs l'avantage de former un titre exécutoire en faveur à la fois des créanciers et de l'adjudicataire (Garsonnet, IV¹, §§ 695 705.707). On concevrait toutefois (V. ci-dessus p. 59) que la date du transport de propriété fut discutée : au jour de l'enchère ou au jour du jugement ? Mais pratiquement les deux ont lieu le même jour. On a eu seulement

système de la jurisprudence consiste à dire : Elle établit au profit du créancier qui le premier obtient un jugement de validité, un véritable privilège. Or il existait bien sous l'ancien droit un privilège du premier saisissant dans les saisies mobilières, mais nos Codes, par leur silence à son sujet ont entendu le supprimer et personne aujourd'hui ne songe à le faire valoir en matière de saisie exécution. La question est bien posée. Il faudra pour justifier la jurisprudence, ou bien montrer l'aptitude du jugement à opérer un transport de créance, ou bien faire voir que la suppression par nos

l'occasion de se demander si le transport n'avait pas lieu dans certains cas à une date postérieure à l'adjudication : Le jugement, qui statuait sur des points contentieux, avait été frappé d'appel (art. 130. C. Proc.) et l'adjudicataire soutenait que, cet appel suspendant l'exécution du jugement, la propriété ne lui avait été acquise qu'au jour de l'arrêt confirmatif, de sorte que jusqu'alors il n'avait pas couru les risques de perte et détérioration et ne devait pas les intérêts de son prix. La Cour de cassation a rejeté sa prétention (Req. 18 août 1808. P. chr. ; D. A. v° *Saisie-immob.* n° 1760.) : Le cahier des charges portait expressément que l'adjudicataire entrerait en possession dès le jour du jugement et devrait les intérêts de ce jour. Mais ceci montre bien qu'il s'agit d'un contrat. Si le transport était l'œuvre du juge, on hésiterait à le dire opéré, avec les charges qui en résultent pour l'adjudicataire, alors que l'exécution du jugement est suspendue et qu'il n'a pas la jouissance, contre-partie de ces charges. — En dehors de l'adjudication, la naissance de droits nouveaux ne se présente dans les voies d'exécution, sous des formes spéciales, non contractuelles, que lors de l'attribution exclusive au créancier d'une portion déterminée des biens du débiteur. Il intervient dans certaines saisies un jugement dit de validité dont je vais parler. Dans la saisie-exécution en l'absence d'oppositions, l'attribution exclusive a lieu sans qu'il soit besoin d'un jugement. Restent les cas où une distribution judiciaire est devenue nécessaire : En matière immobilière il faut toujours employer cette forme, alors même qu'il n'y a qu'un saisissant et pas d'opposants, pour faire apparaître les hypothèques. J'aurai l'occasion de parler de ces distributions et de voir si l'attribution exclusive y résulte d'un jugement,

Codes, du privilège du premier saisissant de l'ancien droit, qui est certaine, et sa renaissance en matière de saisie-arrêt sous la forme que lui a donnée la jurisprudence, ne constituent pas une contradiction, mais au contraire l'application d'une même idée générale.

Mais avant d'exposer et de tenter d'expliquer le système de la jurisprudence, je veux rechercher à quel moment se produit l'attribution exclusive au profit d'un créancier, de valeurs appartenant à son débiteur, soit au cas de paiement volontaire, soit au cas de saisie-exécution non suivie d'oppositions soit dans les diverses distributions entre créanciers de deniers provenant de saisies. Ceci est nécessaire pour comprendre jusqu'à quel point se présente comme anormal le système pratiqué dans la saisie-arrêt.

La transformation en un droit exclusif sur une portion déterminée des biens du débiteur, du droit de gage général du créancier, s'opère de façon normale par le paiement volontaire. On admet que les deniers ou objets en nature reçus par un créancier lui appartiennent définitivement, même au cas où il ne resterait pas au débiteur de quoi payer intégralement ses autres créanciers. Sauf les règles particulières à la faillite, le débiteur peut choisir celui qu'il entend favoriser soit par le paiement soit par la constitution d'une sûreté. Il résulte donc du paiement, comme on l'a dit (1), un *privilège* pour le créancier payé : Ce privilège se justifie pratiquement, parce qu'il y aurait de gros inconvénients à remettre en question des paiements reçus de

1. De Vareilles Sommières. *Rev. critique de législ. et jurispr.* ; décembre 1905 .

bonne foi peut-être depuis longtemps ; ce qui n'est même guère concevable en dehors d'une procédure d'exécution générale quant aux créanciers et quant aux biens. Juridiquement ce privilège suppose l'accomplissement des conditions du transport de propriété ou de constitution de droit réel à l'égard des tiers : C'est indispensable pour que l'attribution soit exclusive.

Lorsqu'il s'agit d'un paiement obtenu par transport forcé au créancier de biens appartenant au débiteur, où le consentement de celui-ci est suppléé par les formes des saisies et exécutions, ce sera toujours en droit français un transport de propriété mobilière et même sauf exception au profit du créancier gagiste (art. 2078 C. Civ.), ce ne pourra être qu'un transport de sommes d'argent : C'est en effet un principe fondamental de nos voies d'exécution que les biens du débiteur autres que l'argent comptant ne peuvent être attribués en paiement à un créancier en tant que créancier, mais doivent être vendus publiquement et le prix seul attribué aux créanciers. On a voulu par là protéger le débiteur contre l'attribution à bas prix au saisissant des objets en nature et, au contraire, par enchères publiques, leur faire produire le plus haut prix possible.

Dans un pareil système on conçoit que l'attribution exclusive ne puisse se produire tant que les objets saisis n'ont pas été vendus. Mais aussitôt la transformation en argent opérée, l'attribution étant possible, ne faudra-t-il pas refuser le concours aux nouveaux opposants ? Pierre le Maistre, à la fin du *xvii^e* siècle (1), dit que les oppositions devaient être faites avant la vente ; mais Pigeau (2)

1. *Commentaire de la coutume de Paris*, sur l'art. 179.

2. *Procédure civile du Châtelet*, I, p. 644.

à la fin du XVIII^e, déclare que d'après l'usage du Châtelet on pouvait faire opposition jusqu'à la distribution, et aujourd'hui la question n'est même pas discutée : la preuve en est dans les controverses que j'indiquerai plus loin, sur le moment de la distribution où les productions ne sont plus admises. Non pas que le versement des espèces entre les mains du créancier soit absolument exigé : La Cour de cassation a jugé que la remise à lui faite par l'officier public chargé de la vente, d'un bordereau à recouvrer sur l'adjudicataire dessaisissait cet officier aussi bien qu'un versement de deniers (1). Mais ceci encore montre que la transformation en argent ne suffit pas.

L'attribution exclusive suppose l'accomplissement des formes du transport de propriété à l'égard des tiers. Pour l'argent, meuble corporel, c'est l'acquisition de la possession (2). Il faut donc un acte d'appropriation. Le saisissant n'en pourrait être dispensé que si l'officier public qui a fait la vente était son mandataire et détenait pour son compte, jusqu'à concurrence de ses droits, la somme réalisée. Or il n'en est rien. L'officier public ne représente pas plus le saisissant qu'il ne représente le saisi. Il a un rôle indépendant qui est de transformer en argent par le moyen d'une vente publique les objets à lui confiés en vertu de la saisie. La transformation se fait de telle sorte que l'argent prend exactement la place des objets qu'il représente sans qu'il puisse en résulter dans la situation des intéressés un changement qu'on prétendrait

1. Cass. 11 novembre 1863. P. 64.212. D. 63.1.473.

2. Je laisse de côté le règlement en valeurs ou effets.

rattacher à la forme nouvelle prise par les biens saisis. C'est ainsi que la compensation ne peut s'opérer au profit de l'adjudicataire entre son prix d'adjudication et une créance qu'il a contre le propriétaire des objets vendus (1). La Cour de cassation l'a même décidé en matière de vente publique volontaire, sur laquelle il avait été fait des oppositions par des créanciers du vendeur entre les mains de l'officier public (2), en arguant de l'article 623 du Code de procédure civile (3), d'après lequel « les commissaires priseurs et huissiers sont personnellement responsables du prix des adjudications », ce qui peut en effet être présenté comme une marque de leur caractère indépendant, bien que cette règle, en liaison étroite avec celle du paiement comptant (4) ait été établie dans un but purement pratique.

L'officier public qui a fait la vente détient donc le prix ou la créance du prix en qualité de tiers détenteur et il peut être fait opposition entre ses mains, tant qu'il détient, comme entre les mains de tout tiers détenteur. Et même davantage, car, auxiliaire de la justice et officier public, il a plus qu'un détenteur ordinaire le

1. Nancy, 28 août 1869. S. 72.2.40. P. 72.215. Vente sur saisie.

2. La Cour de cassation admet que pour faire opposition sur le prix d'une vente publique volontaire entre les mains de l'officier public, il n'est pas besoin d'employer les formes de la saisie-arrest, mais celles, simplifiées, usitées en cas de vente sur saisie-exécution. Cass. 2 février 1891. S. 91.1.217.

3. Cass. 6 novembre 1860. S. 61.1.15. P. 61.216.

4. Sous peine de revente à folle enchère. Ceci ne peut en pratique s'appliquer à la lettre. V. note Boucher d'Argis au *Journal du Palais*, 1866, 1095. Mais l'officier le fait à des risques et engage sa responsabilité. Cass. 19 mai 1886. S. 86.1.263.

devoir de se préoccuper de payer au véritable ayant droit. Il est un dépositaire de justice et comme destiné à recevoir des oppositions, comme le prouve la forme simplifiée que prennent celles-ci faites entre ses mains, même, d'après la jurisprudence, en cas de vente volontaire. Comme le disait Bourjon, « il est l'homme de la justice » ; « lorsqu'il y a des empêchements entre les mains de l'huissier, il ne doit délivrer les deniers qu'à qui par justice il est ordonné » (1).

Un acte, une prise de possession par versement d'argent ou remise d'effets est donc nécessaire pour l'attribution exclusive. Seule peut-être peut y suppléer la compensation (légale) si le saisissant se trouve débiteur de l'officier public. Mais pour que l'un ou l'autre puisse avoir lieu, il faut qu'il n'y ait pas d'opposants ou que les opposants soient d'accord sur la distribution à opérer. En cas d'oppositions et à défaut d'accord, l'officier qui est « l'homme de la justice » ne paie personne, puisqu'il ne sait et ne peut prendre sur lui de décider comment payer. Dans le mois de la vente il consigne le prix à la Caisse des dépôts et consignations (2), nouveau dépositaire de justice qui ne versera pas davantage avant la fin de la procédure de distribution par contribution qui va s'ouvrir. Et l'attribution exclusive est toujours impossible, la prise de possession ne pouvant avoir lieu. Les oppositions nouvelles sont toujours utiles.

L'attribution se produira néanmoins un peu avant le versement en espèces. Les créanciers opposants et sommés de produire à la distribution par contribution, sont

1. *Le droit commun de la France*, 1772, II, p. 673.

2. Art. 656-657, C. Proc.

forclos faute de production dans le mois de la sommation (art. 660. C. Proc.). Mais les créanciers non opposants et non sommés ? On a beaucoup discuté, les uns pensant qu'on ne peut leur faire grief de n'avoir pas produit dans le mois d'une sommation qu'ils n'ont pas reçue, les autres disant : si les créanciers qui par une opposition ont manifesté une certaine diligence sont forclos, à plus forte raison doivent l'être ceux qui n'ont même pas fait opposition. Dans le premier système, qui paraît avoir le plus d'adeptes (1), certains ont voulu admettre les productions jusqu'à la clôture de la distribution (2), argumentant de ce qui se passe en matière de faillite, où, en vertu de l'article 503 du Code de commerce, l'attribution exclusive a lieu à la suite de l'ordonnancement par le juge commissaire des répartitions de deniers entre créanciers, fixant la somme qui revient à chacun (3). Mais la majorité des auteurs, — et les arrêts semblent y tendre également (4) —, s'attachent

1. V. les renvois dans Garsonnet, IV¹, p. 776, note 38.

2. Garsonnet, *ibid.*, IV¹, p. 775; V², § 1930.

3. Cass., 12 novembre 1895. S. 96.1.240. Lyon-Caen et Renault. *Trailé*, VII², n° 549. Il ne suffit pas d'une ordonnance autorisant les syndics à procéder à la répartition. Il faut une répartition avec désignation de chacun des créanciers et de la somme qui lui revient. Paris, 12 mai 1892. S. 94.2.86.

4. V. Garsonnet, p. 776, note 38. Glasson et Tissier, II, n° 1691. Les arrêts, chose curieuse, quelque soit celui des deux systèmes extrêmes auquel ils se rattachent dans leurs motifs, se préoccupent de savoir si le règlement provisoire a été fait. Ainsi d'une part Bourges, 23 mars 1821. P. chr.; Nîmes, 30 décembre 1892. S. 94.2.295; et de l'autre. Paris, 30 juillet 1829. P. chr. Metz, 16 août 1849. P. 50.1.345. Caen, 8 janvier 1845. P. 45.2.114. Cass., 13 novembre 1861. S. 61.1.940. P. 62.109. Alger, 11 février 1878. D. 79.2.185. (Note de M. Levillain). C'est en ce sens qu'on peut dire que c'est le système de la juris-

au moment de la confection du règlement provisoire de distribution par contribution. Elle mettrait fin aux oppositions utiles pour venir au concours. C'est le premier acte qui détermine de façon précise le droit de chaque créancier dans la distribution. Pratiquement ce système offre l'avantage de ne pas obliger à recommencer indéfiniment le règlement de distribution, s'ils survient de nouvelles oppositions. J'ajouterai que le règlement provisoire n'a pas son équivalent au cas de faillite, où les sommes à répartir ne sont pas d'ordinaire réalisées au moment où les créanciers sont appelés à discuter respectivement leurs créances. Le premier acte où se trouve prévue l'attribution à chaque créancier d'une somme déterminée (première condition de l'attribution individuelle et exclusive), acte signé par la personne qui a le pouvoir de faire la répartition et d'ordonner les versements, c'est-à-dire le juge, c'est, dans la faillite, l'ordonnancement de répartition dont parle l'article 503. Or le règlement provisoire de distribution a les mêmes caractères. C'est lui d'ailleurs qui constituera le règlement définitif, sauf les modifications y apportées. La seule différence, c'est que les débats entre créanciers sont prévus comme devant avoir lieu après la confection du règlement provisoire et au contraire avant l'ordonnancement de répartition par le juge commissaire de la faillite. La différence est indéniable et on conçoit qu'on ait voulu en argumenter pour reculer l'attribution exclusive dans la distribution par contribution. Mais l'argument d'analogie ne s'impose pas puisque dans

prudence (Glasson et Tissier, II, n° 1691). Les arrêts ne l'affirment pas expressément.

la procédure de faillite aucun moment ne correspond à celui de la confection du règlement provisoire de distribution par contribution.

En matière d'ordre, on conçoit que les choses se passent autrement : L'hypothèque constituant un droit sur une portion précise du patrimoine du débiteur, une prévision d'attribution exclusive, on est porté à admettre plus difficilement la foreclusion qu'on ne le fait entre égaux. Sans doute, la loi du 21 mai 1858 (1) a frappé de foreclusion les créanciers sommés (et ceux qui n'ont pu l'être (2) : hypothèques occultes) non produisant dans le délai fixé, réformant ainsi à cause de ses inconvénients pratiques le système antérieur qui leur permettait de produire jusqu'à la clôture de l'ordre, sauf à supporter les frais de leur production tardive (art. 757 ancien C. proc. : système qui s'inspirait de l'idée ci-dessus indiquée ; mais on discute encore si les créanciers inscrits qui n'ont pas été sommés peuvent faire annuler le règlement définitif, et répéter contre des créanciers postérieurs en rang ce que ceux-ci ont touché dans l'ordre (3) ou seulement recourir contre celui à qui sa non-somation est imputable (4). L'article 2198 du Code civil pour le cas d'omission par le conservateur des hypothèques, d'une inscription sur l'état qu'il délivre, admet le créancier omis à se faire colloquer dans l'ordre ouvert sur le prix « tant que l'ordre fait

1. C. proc., art. 755.

2. Cass., 13 juillet 1870. S. 72.1.83.

3. V. en sens inverses : Angers, 27 mars 1878. S. 78.2.185 et Aix, 21 juillet 1874. S. 77.2.235.

4. Je n'entre pas dans le détail des hypothèses. V. Glasson et Tissier, II, § 1587 et suiv.

entre les créanciers n'a pas été homologué ». A l'homologation dont parle cet article, correspond le règlement définitif. Mais l'article 2198 décide également que le créancier omis peut se faire colloquer « tant que le prix n'a pas été payé par l'acquéreur », ce qui embrouille la question. En tout cas personne ne songe ici à rattacher la forclusion à la confection du règlement provisoire.

Qu'on rattache au règlement provisoire ou au règlement définitif cette forclusion et l'attribution exclusive qui en résulte au profit des produisants antérieurs, il ne faut pas voir dans cette dernière, à proprement parler, un effet du règlement, œuvre du juge, bref, d'une décision créatrice de droit. C'est certain pour le règlement provisoire, en raison même de son caractère provisoire, qui l'empêche de produire, comme son œuvre propre et directe, un effet définitif (1). Et l'on peut presque l'affirmer *a fortiori* pour le règlement définitif, qui n'est rien de plus que le règlement provisoire modifié conformément aux solutions des débats auxquels il a donné lieu. Moins encore que lui, en ce qu'il présente de nouveau, il est une œuvre du juge. De façon générale, l'un et l'autre ne sont que des éléments de la procédure d'ordre ou de distribution par contribution : c'est de celles-ci et de toutes leurs formes que résulte l'attribution exclusive. Elle a lieu au moment de la confection

1. On peut dans une certaine mesure le considérer comme un jugement, bien qu'il appelle précisément, sous forme de contredits, les débats auxquels il sert de base, car, pour le dresser, le juge apprécie les créances et leur rang d'après les principes du droit, à l'aide des renseignements qu'on lui a fournis. Il peut ordonner des mesures d'instruction (Glasson et Tissier, II, § 1618).

du règlement pour des motifs pratiques. Il faut en finir et ne pas être contraint de recommencer les mêmes actes. Elle ne peut avoir lieu plus tôt parce qu'alors seulement prend forme la distribution qui est l'objet de la procédure. Il ne reste qu'à choisir entre le règlement provisoire et le règlement définitif pour l'attribution exclusive au profit des produisants antérieurs à l'un ou à l'autre. La délivrance des bordereaux de collocation n'a aucune importance au point de vue de l'attribution exclusive. Ils ne sont rien d'autre que des extraits du règlement définitif auquel ils empruntent toute leur force.

On a prétendu que la délivrance des bordereaux de collocation opérât novation, libérant le saisi par l'attribution au créancier d'une créance contre le détenteur des deniers à distribuer, de telle sorte que ce créancier, jusqu'à concurrence du montant du bordereau, ne pourrait plus participer à d'autres distributions ou ordres ouverts sur le débiteur. Mais on décide généralement le contraire, disant que la délivrance du bordereau ne constitue qu'une indication de paiement (1). Je note ceci en passant : L'attribution exclusive ne coïncide pas ici avec un transport de propriété dans les rapports entre le créancier et le débiteur. Elle est

1. En ce sens. Glasson et Tissier, § 1650 et 1700. Cass., 25 février 1839. S. 39.1.297 et, plus net, Orléans, 5 mars 1887. S. 88.2.189 et la note. On cite en sens contraire Paris, 25 avril 1838. P. 38.1.639, mais à tort, car cet arrêt admet éventuellement la collocation à une deuxième distribution pour le cas où le créancier justifierait qu'il n'a pu se faire payer de la première. Ce qui d'ailleurs serait susceptible d'entraîner novation, ce serait le règlement devenu inattaquable par l'expiration des délais de recours et non la délivrance de bordereaux qui ne sont que des expéditions de ce règlement.

uniquement la naissance d'un droit de préférence, à l'encontre des créanciers non colloqués qui ne peuvent prétendre à l'annulation totale ou partielle de la distribution. L'attribution exclusive individuelle ne résulte que du versement des deniers ou d'un règlement équivalent entre le titulaire du bordereau et le détenteur des deniers à distribuer. Jusque là une perte partielle de ces deniers, par suite d'une folle enchère, par exemple, et de l'insolvabilité de l'adjudicataire, pourra se répartir entre tous les colloqués. Le caractère collectif de la première attribution exclusive explique qu'elle puisse se produire sans la réunion des conditions nécessaires à l'acquisition de la propriété ou d'un droit réel. Il faut dire aussi, comme je l'ai fait remarquer, qu'elle n'est obtenue qu'indirectement et par contre-coup, en conséquence de l'exclusion de certains créanciers. Le règlement définitif, lorsqu'il n'est plus susceptible de recours, établit bien de façon inattaquable les droits respectifs de chacun des créanciers dans la distribution actuelle, mais tels qu'il les établit ils sont compatibles entre eux puisqu'à eux tous ils ne dépassent pas la somme idéalement répartie entre eux, de sorte que la question d'attribution exclusive sous forme de naissance d'un droit de préférence, ne se pose plus.

De ce long préambule je tire plusieurs conclusions fort importantes avant d'aborder la théorie de la saisie-arrêt : D'abord les attributions exclusives ne résultent pas de façon ordinaire de jugements, (on verra même que tous les jugements de validité ne sont pas suivis d'attribution exclusive, celle-ci n'ayant pas lieu lorsque la chose saisie est vendue) de telle sorte qu'on ne peut guère dire : en matière de voies d'exécutions c'est le

caractère ordinaire des jugements d'être constitutifs de droits. En second lieu le retard de l'attribution exclusive vient dans les saisies que j'ai étudiées, en particulier dans la saisie-exécution, de l'impossibilité de s'approprier en nature les biens saisis, et une fois qu'ils sont transformés en deniers, de la présence de ceux-ci entre les mains de dépositaires de justice qui ne doivent les délivrer à personne : aucun créancier ne peut donc accomplir sur ces deniers les actes réalisant à l'égard des tiers le transfert de propriété ou ceux analogues créant un droit réel sans lesquels, en règle, il ne peut naître dans notre droit de privilèges, hors les privilèges établis par la loi par faveur pour certaines créances. J'ai déjà insisté sur ce dernier point (1) : L'étude de la saisie-arrêt le mettra plus en lumière.

La Cour de cassation lorsqu'elle établit, dans la première moitié du xix^e siècle, son système du transport par jugement de validité de saisie-arrêt, y a vu certainement un effet propre de ce jugement. Les arrêts sont très nets sur ce point, et il était en effet assez tentant de prendre à la lettre la formule du jugement de validité, ordonnant que le tiers saisi se libérera entre les

1. Rapprocher encore Cass., 22 décembre 1884. D. 85.1.199 : Une somme déposée à la Caisse des dépôts est mise en distribution ; le règlement provisoire a été fait et suivi de contredits, quand celui qui avait été condamné à payer au débiteur la somme mise en distribution fait rétracter le jugement rendu contre lui par requête civile. La Cour décide que le règlement provisoire et les jugements sur les contredits concernant seulement les rapports et le classement des créanciers, ne peuvent porter atteinte aux droits d'un tiers sur la somme déposée. Et cette somme étant encore à la Caisse, l'art. 1238 C. civ., est inapplicable.

maines du saisissant, moyennant quoi il sera déchargé (1). Si le tiers saisi peut et doit payer le saisissant, n'est-ce pas par un effet du jugement de validité dont la conclusion est un ordre du juge, et dès lors ne peut-on pas dire que cet ordre rend le tiers saisi débiteur du saisissant ?

Mais encore faut-il pour cela que cet ordre ait une efficacité actuelle : c'est ainsi que, dans ce système, on peut expliquer la nécessité que le jugement soit passé en force de chose jugée, indiquée déjà par le premier arrêt de la Cour de cassation, sans que la discussion sur ce point se fût élevée, dans l'espèce, et que la jurisprudence a depuis nettement affirmée (2) ; des arrêts expri-

1. Le premier arrêt de la Cour de cassation sur la question est du 28 février 1822 (P. chr.) : « L'effet du jugement du 15 décembre 1812, passé en force de chose jugée, a été d'obliger directement Gilles, tiers saisi, en faveur de Royannet, seul saisissant, de le forcer à lui payer les deniers saisis et de dessaisir par là de la propriété des deniers saisis Collet, débiteur ; que dans ces circonstances, en décidant que la saisie-arrêt pratiquée sur ces mêmes deniers par le demandeur en Cassation, presque cinq ans après le dit jugement du 15 février 1812, avait été pratiquée sur des effets n'appartenant plus à son débiteur, et que par conséquent elle était nulle, le jugement attaqué s'est conformé au vœu de la loi. » L'arrêt du 31 janvier 1842 (P. 42.1.157) est encore plus net : « Attendu que ces jugements ont déclaré les saisies valables et ordonné par une disposition formelle que les tiers saisis verseraient es mains du saisissant toutes sommes qui pourraient être dûes au saisi jusqu'à concurrence des causes des saisies... attendu qu'on ne saurait méconnaître cette attribution sans refuser à la chose jugée toute espèce d'efficacité. » Puis, après le milieu du XIX^e siècle, les arrêts répètent la formule suivante : « Attendu en droit que l'effet nécessaire des jugements prononçant la validité des saisies-arêts est de dessaisir le débiteur des sommes arrêtées pour en faire attribution et transport au saisissant, lequel devient ainsi créancier direct du tiers saisi. » Cass., 15 juillet 1869. P. 69.1193. S. 69.1.455.

2. Civ. cass., 27 juin 1892. S. 92.1.519 ; 2 février 1891. S. 91.1.217.

ment d'ailleurs cette idée d'un lien entre le transport et la possibilité d'exécution (1), et s'inspirent de la jurisprudence qui s'est formée sur l'article 548 du Code de procédure et décide que les délais d'opposition et d'appel sont suspensifs en ce qui concerne l'exécution par des tiers ou contre eux (2). Seulement, si le tiers saisi fait une déclaration négative, si sa déclaration est contestée, si le délai de son assignation en déclaration expire après le délai d'opposition ou d'appel contre le jugement de validité, ou bien encore si n'ayant pas fait sa déclaration en temps voulu il faut un jugement pour le déclarer débiteur pur et simple des causes de la saisie, dans tous ces cas le jugement de validité, même passé en force de chose jugée, ne peut être exécuté immédiatement contre le tiers saisi, et il faudrait, dans le système exposé, reculer jusqu'au moment où il pourra l'être l'attribution exclusive. Certains auteurs l'ont remarqué (3) et l'on a même soutenu que c'était le système de la jurisprudence (4); mais parmi les arrêts qu'on a cités dans ce sens, trois (5) sont des arrêts anciens de cours d'appel, du temps où certaines d'entre elles résistaient encore à la doctrine de la Cour de cassation; parmi ces trois arrêts il y a deux espèces ou en fait

1. Cass., 27 juin 1892 précité; Cass., 20 novembre 1860. P. 61.522 S. 61.1.270.

2. Cass., 25 mai 1841. P. 41.2.37; Cass., 9 juin 1858. P. 58.1157. Bordeaux 9 décembre 1858. P.60.1127.

3. Carré et Chauveau. *Les lois de la procédure*, IV, *question 1971 bis*; Rodière, *Compétence et procédure en matière civile*, 3^e éd., II, p. 204.

4. Garsonnet. III¹, p. 800, IV², p. 531.

5. Paris, 17 mars et 24 juin 1836. D. A. v^o *Saisie-arrêt*, n^o 447. P. chr; Paris, 11 novembre 1841. D. A., v^o *Saisie-arrêt*, n^o 446. P. 42.1.737.

des oppositions avaient eu lieu avant que le jugement fût passé en force de chose jugée ; quant au quatrième arrêt, arrêt de Cassation, il est bien plutôt en sens opposé (1). Et surtout, (et ce quatrième arrêt le déclare justement) il est aujourd'hui bien admis que le transport de créance résultant du jugement de validité peut, comme la cession de créance volontaire, s'opérer pour des créances non exigibles (2). Comment dès lors faire dépendre le transport de la possibilité d'exécution actuelle contre le tiers saisi ? D'ailleurs la possibilité d'exécuter le tiers saisi n'apporte aucun changement dans la situation juridique de la somme arrêtée : Elle correspond à la délivrance des bordereaux de collocation, à laquelle je n'ai cru devoir attacher aucun effet attributif. Si la jurisprudence a, comme d'instinct (3), exigé la force de chose jugée pour qu'il y ait transport, c'est qu'elle a senti qu'un effet définitif, comme l'attribution exclusive, ne pouvait être rattaché à un acte de caractère provisoire, comme un jugement susceptible de voies de recours ordinaires (4). Sans doute dans les rapports entre plaideurs, on règle les choses dans la mesure du possible de telle façon qu'en définitive tout se passe comme si la situation conforme à la

1. Cass., 31 janvier 1842. D. A. v° *Saisie-arrêt*, n° 445. P. 421.157 : « Attendu que l'attribution est d'autant plus incontestable que les jugements étaient obligatoires pour les tiers saisis eux-mêmes, s'ils se reconnaissaient débiteurs, quoiqu'ils n'y eussent pas été parties, puisqu'aux termes de l'article 576, C. proc. il n'était pas besoin d'aucune procédure contre eux pour qu'ils pussent valablement se libérer. »

2. Cass., 27 novembre 1894. S. 96.1.489.

3. La Cour de cassation l'exige dès son arrêt de 1822, où la question n'était pas débattue.

4. Cf. Cézair Bru. *Voies d'exécution*, 2^e éd., p. 172.

décision définitive avait été réalisée en fait dès le premier jugement, et c'est exactement comme on fait pour le temps antérieur au premier jugement en remontant jusqu'à la demande, ce qu'on appelle couramment un effet rétroactif de la décision judiciaire. Mais la situation est toute différente lorsqu'il s'agit d'un jugement qui constitue un élément d'une procédure ayant pour objet l'acquisition d'un droit à l'encontre des tiers. Si j'ai dit (1) qu'en pareil cas la fixation de la naissance du droit nouveau à la date de l'achèvement de la procédure, quoique naturelle, ne s'imposait en général pas de façon rigoureuse, elle paraît au contraire s'imposer lorsqu'il s'agit de la course entre créanciers où le privilège dépend de la priorité dans le temps et où le principe d'égalité qui domine la matière exige que cette priorité soit appréciée avec une stricte exactitude (2).

La nécessité d'une décision passée en force de chose jugée se justifie donc. Mais une deuxième condition vient s'y ajouter, plus remarquable et significative : Je veux parler de la signification au tiers saisi du jugement de validité. Pendant longtemps la jurisprudence n'en a rien dit ou n'y a fait allusion que dans des espèces où on ne savait pas au juste l'importance qu'elle y attachait (3). Il ne s'agissait, semble-t-il, que de la question d'exécution contre le tiers saisi, sans en envisager les conséquences au point de vue de l'attribution exclusive. Le premier arrêt où l'utilité de la signification au tiers saisi est nettement qualifiée est un arrêt où il

1. V. Ci-dessus, p. 59.

2. En ce sens on pourrait dire que les jugements dans les voies d'exécution ne sont pas déclaratifs de droits.

3. V. sur ce point la note de M. Tissier. S. 1910.1.33.

s'agissait de saisie sur des appointements futurs : La Cour (1), pour admettre l'attribution exclusive par saisie-arrêt de ces appointements futurs, affirme la similitude du transport forcé qui suit la saisie-arrêt avec la cession volontaire des créances, possible pour des créances futures. Et alors, pour compléter l'assimilation elle fait jouer à sa signification au tiers saisi le même rôle qu'à la signification au débiteur cédé. Et l'on voit, dès lors, la formule courante depuis longtemps et qui figure encore dans cet arrêt (« attendu que l'effet nécessaire des jugements prononçant la validité est de dessaisir le débiteur des sommes saisies arrêtées pour en faire attribution exclusive et transport au saisissant »), remplacée par une autre : « La saisie-arrêt validée par jugement n'a que la valeur d'un transport ordinaire qui, pour être opposable aux tiers, doit, au terme de l'article 1690, être signifié au débiteur cédé (2). » Reste à savoir si la signification peut avoir lieu utilement avant que le jugement soit passé en force de chose jugée. La Cour de cassation n'a pas eu encore à se prononcer nettement sur ce point. Mais il est dans la logique du système de ne l'admettre qu'après (3). La signification d'une cession de créance, qu'on y voie une mesure de publicité ou une saisine, doit avoir lieu seulement lorsque, par ailleurs, l'opération est parfaite : C'est alors que s'accomplissent normalement les publications (4) et prises de possession.

1. Cass., 27 novembre 1894. S. 96.1.489.

2. Cass., 30 novembre 1897 et 14 février 1899. S. 1900.1.121. Cf. Cass., 9 mars 1908. S. 1910.1.33.

3. Dans ce sens, M. Tissier au *Sirey*, 1910.1.33.

4. Sauf bien entendu celles qui ont pour but de faire apparaître des oppositions et empêchements à l'acte projeté.

L'attribution exclusive, sous cette dernière forme, paraît, dès l'abord, plus satisfaisante, car elle s'appuie sur la signification au tiers débiteur, acte réalisant dans notre droit le transport à l'égard des tiers, condition qui m'est apparue jusqu'à présent comme nécessaire pour l'attribution exclusive proprement dite. Toutefois elle est considérée encore comme trouvant son fondement et puisant sa force dans le jugement de validité : en effet, non seulement c'est bien l'idée sur laquelle la Cour de cassation a établi son système, mais, aucune autre n'a été proposée pour la remplacer ; et pourtant un appui solide est nécessaire, puisque le privilège du premier saisissant est bien disparu en matière de saisie-exécution. La question n'a pas l'importance pratique immédiate qui se présentait dans les chapitres précédents, car personne ne songe sérieusement à placer l'attribution exclusive à une date antérieure au jugement de validité. Mais elle a néanmoins une importance capitale, car c'est la légitimité de l'attribution exclusive par suite du jugement de validité, qui est en jeu. Or, si une jurisprudence, d'ailleurs critiquée (1), permet aux tribunaux de constituer des sûretés en garantie des obligations légales qu'ils déterminent, ce n'est que dans des situations particulièrement graves, à apprécier par les juges, dans la crainte de l'insolvabilité ou du mauvais vouloir du débiteur ; en dehors, certainement, de toute insolvabilité actuelle, c'est-à-dire de concours entre le créancier de l'obligation légale et d'autres créanciers : Au contraire dans la saisie-arrêt, il s'agit, en pleine

1. Cass., 2 décembre 1895. S. 96.1.321 et la note de M. Tissier. Cf. Cass.. 3 janvier 1900.1.401.

déconfiture, de créer un privilège en dehors même de toute considération de faveur pour la créance qui en bénéficie : Il s'agit même uniquement d'un privilège, car, de même que la délivrance des bordereaux de collocation, le jugement de validité passé en force de chose jugée et signifié ne libère pas le saisi (1), mais seulement le paiement reçu par le saisissant. Eh bien ! rien dans le jugement de validité, comme on va le voir, ne paraît dirigé vers la création d'un privilège au profit du saisissant demandeur, si ce n'est, tout au plus, l'ordre au tiers saisi de payer le saisissant : Et cet ordre est de pure forme, puisqu'à défaut de la bonne volonté du tiers saisi, il faudra un nouveau jugement contre lui : Il ne fait qu'énoncer l'objet et le but de la saisie-arrêt.

Le rôle du jugement de validité de saisie-arrêt est difficile à préciser. Il n'est pas destiné à procurer le titre exécutoire contre le saisi, qui manque parfois, puisqu'il intervient même lorsque le saisissant a déjà un titre exécutoire. J'ajouterai que les anciens auteurs parlent de la saisie-arrêt proprement dite comme devant être faite en vertu d'un titre exécutoire (2), les coutumes de même (3) et pourtant le jugement de validité nous vient de l'ancien droit. (D'ailleurs, quand le saisissant demande condamnation du saisi, le chef du jugement qui prononce condamnation se distingue aisément de celui

1. Cass. civ., 26 juillet 1836. P. 37-1.263. D. A. V° *Saisie-arrêt*, n° 418. Chauveau sur Carré IV, quest. 1792. quater. Garsonnet, III¹, p. 780.

2. Masuer. *Pratique*, titre 30, n° 32. Imbert. *Pratique*, I.60. Pothier. *Proc. civ.*, n° 495. Pigeau. *Proc. du Châtelet*, I, p. 652.

3. Auvergne, Ch. 24, art. 54. Berry, titre IX, art. 23. Blois, art. 260. Nivernois, Ch. 32, art. 11, etc.

qui valide la saisie). D'autre part, dans la saisie des rentes sur particuliers, situation fort analogue à celle de la saisie des créances ordinaires, il n'est pas besoin de jugement de validité. La différence se trouve dans la situation du tiers débiteur qui après la procédure solennelle de l'adjudication pourra payer les arrérages sans hésitation ni risques à l'acheteur de la rente, au lieu que dans la saisie-arrêt, en présence de la responsabilité qui lui incombera à l'égard des opposants et du saisi, s'il paie le saisissant à contre-temps, il est en droit d'exiger un jugement qui lui ordonne de payer⁽¹⁾, jugement qui paraît d'abord une condamnation contre lui, mais au fond, et pratiquement c'est son seul rôle dans la majorité des cas, constitue pour lui une garantie. Parmi les combinaisons, variées suivant les régions, qu'affectait anciennement la procédure de saisie-arrêt,

1. C'est une fort délicate question de savoir si un tiers détenteur de deniers appartenant à autrui est mis à couvert en payant à une personne sur l'ordre d'une décision de justice non passée en force de chose jugée, ou non définitive, par exemple une ordonnance du référé, ou bien en vertu d'une décision même définitive, mais qui n'a pas été rendue en présence de tous les intéressés. V. en des sens divers : Cass 25 mai 1841 P. 41.2.37; 9 juin 1858. P. 58.1157; 23 mars 1864. P. 64.664; 23 décembre 1867. P. 68.125; 27 janvier 1862. P. 62.250; 19 juin 1876, P. 78.25. Ces arrêts concernent la caisse des Dépôts, de laquelle on peut exiger peut-être plus que d'un tiers saisi ordinaire, pour lequel des vérifications peuvent être une lourde tâche. Certains arrêts tiennent compte de la présence du tiers à la décision qui lui ordonne de payer, et disent que dans ce cas l'article 548 du Code de procédure ne peut plus être invoqué. Il semble bien que si, l'article 548 ayant pour but d'empêcher l'accomplissement d'actes irréparables en exécution d'un jugement qui peut être réformé. Mais si la décision est exécutoire par provision contre le tiers, il est difficile de le rendre responsable du paiement qu'il fait.

la plus fréquente paraît avoir consisté à faire faire la déclaration affirmative avant d'assigner le saisi, puis d'assigner en même temps le saisi et le tiers saisi pour voir « délivrer la dette » au saisissant (1), marche qui peut être suivie aujourd'hui quand la saisie est faite avec titre authentique (art. 568, C. Proc.). Il intervenait alors, en tant que besoin, prise de défaut contre le saisi, déclaration « qu'il ne soit plus à recevoir à empêcher que délivrance de la somme saisie ne soit faite au demandeur et poursuivant l'exécution » (Imbert), puis ordre au tiers saisi de payer de la façon réglée par le juge, ordre exécutoire contre lui. Il ne s'agit pas du tout comme pourrait le faire supposer le nom, moderne, de jugement « de validité », pour le saisissant de prendre l'initiative de faire juger que sa saisie est bien fondée et correctement conduite : Comme dans les autres saisies, c'est au saisi à proposer les moyens de nullité. Il s'agit d'obtenir une subrogation judiciaire, indispensable même si le tiers débiteur est disposé à se libérer car il ne le fera pas sans garantie en d'autres mains que celle de son créancier, sans le consentement de celui-ci. C'est bien ainsi que paraît l'envisager Imbert(2) et aussi Poullain Duparc, qui traite des saisies et arrêts en deux endroits ; dans l'un, en même temps que de l'exercice par le créancier des actions de son débiteur(3).

1. Masuer, 30.32. Imbert, I. 60.2. Cout. Bourbonnais, art. 107 et s. Cf. Auvergne, cf. 24, art. 55.

2. *Pratique*, I. 60.6 : « Et en général tous condamnés peuvent être contraints faire cession de leurs droicts et actions contre leurs debtors, à ceux auxquels ils sont condamnés ».

3. *Principes du Droit français d'après les maximes de Bretagne*, VII (1769), p. 282, X (1770), p. 615.

Aujourd'hui encore on rattache volontiers la saisie-arrêt à cet exercice (1) (art. 1166 C. civ.). Mais les deux institutions se sont différenciées, sans que d'ailleurs les règles de l'exercice des actions du débiteur soient encore parfaitement dégagées : En effet, si dans ce dernier cas un jugement subrogeant le créancier aux droits du débiteur (si tant est qu'une subrogation formelle préalable ait jamais été exigée) a été reconnu inutile par la pratique du XIX^e siècle (2), bien que dans certaines hypothèses il puisse être profitable pour faciliter son action, de faire reconnaître par justice son droit d'agir (3), c'est que le débat, à supposer qu'il s'agisse d'une action en justice, porte sur les relations entre le débiteur et le tiers, la qualité de créancier de celui qui agit ne devant faire l'objet que d'une question préalable, sur laquelle même, à l'ordinaire, il n'est pas soulevé de difficulté : Lorsqu'on a une créance contestable, on commence par la faire reconnaître avant de faire des poursuites contre un tiers débiteur. Au contraire, dans la saisie-arrêt, c'est l'existence de la dette du tiers saisi, qui forme une question préalable, sur laquelle souvent il n'y a pas de débat et qui ne se trouve rejetée à la fin de la procédure que pour des raisons d'utilité pratique (4) ; et le jugement à rendre avec le débiteur

1. Cézair Bru, 2^e éd., p. 118. Glasson et Tissier, II, n° 1219.

2. Cass. 2 juillet 1851. S. 51.1.593. P. 52.2.257, Dijon, 17 février 1897. S. 98.2.157. Sauf bien entendu au demandeur à prouver sa qualité de créancier.

3. V. Cass. 8 juillet 1901.5.02.1.113 une hypothèse où la subrogation avait été demandée.

4. Nécessité de surprendre le débiteur et de commencer la procédure par l'arrêt ; de ne déranger le tiers saisi que pour une saisie sérieuse.

s'est montré indispensable, non pas pour donner un titre exécutoire au créancier qui n'en a pas (j'ai montré que le jugement de validité existait au temps où la saisie arrêt supposait un titre exécutoire), non pas parce qu'il faut un jugement pour s'approprier les biens de son débiteur (il n'en est pas besoin dans les autres saisies) mais parce qu'il en faut un pour forcer le tiers saisi à payer le saisissant, et surtout (1), car le plus souvent il est tout prêt à payer, pour lui permettre de se libérer sans crainte aux mains du saisissant. Par la même occasion, aujourd'hui où la saisie-arrêt peut être faite sans titre exécutoire et même sans titre du tout, avec permission du président du tribunal, le saisissant demande condamnation contre le saisi : On satisfait ainsi à l'idée qu'une saisie ne doit pas être faite sans titre exécutoire ; on fait rentrer la saisie-arrêt dans l'ordre habituel des saisies et l'on dit que jusque-là elle n'a été qu'une procédure conservatoire. Mais je ne suis pas certain de l'utilité d'un titre exécutoire contre le saisi en pareil cas : En effet il n'y a pas ici à recourir à des agents ou officiers publics pour exécuter des biens qui ne sont pas matériellement entre les mains du saisi : c'est sur le tiers saisi que l'exécution matérielle est à envisager. Quant au caractère authentique du titre il est fort utile lorsqu'il s'agit de permettre de

1. Si par hasard le créancier avait en main le titre du débiteur, il pourrait obtenir paiement contre remise du titre, si le tiers débiteur y consentait ; si c'était une grosse, pourrait-il s'en servir pour l'exécuter, prétendant agir en vertu de l'article 1166 ? Je pense que les tribunaux examineraient au moins comment il s'est procuré le titre.

commencer une exécution sans permission de justice, mais puisqu'ici elle est commencée, à quoi bon une condamnation si le saisi, dûment prévenu et appelé, ne nie pas sa dette : Il suffit pour sa garantie qu'il puisse exiger cette preuve lorsqu'il n'y a pas de titre et discuter le titre, s'il y en a un (1).

Si tel est bien le caractère et le rôle du jugement de validité, exécutoire sans doute contre le tiers saisi, mais seulement si celui-ci fait sa déclaration affirmative et si elle n'est pas contestée, destiné essentiellement à lui servir de garantie, on ne trouve pas dans sa nature et dans son contenu l'élément actif créateur de privilège que je suis en train de chercher. Il faut voir ailleurs.

Il est à remarquer combien la situation et le rôle des seconds saisissants ou opposants sont différents en cas de saisie-exécution et en cas de saisie-arrêt. Dans la saisie-exécution, il est utile de réaliser d'abord une mesure conservatoire du gage saisi, qui se trouve entre les mains du débiteur, celui-ci n'étant pas, on le comprend facilement, constitué gardien de plein droit : Mais la garde une fois établie, il est inutile que les saisissants postérieurs recommencent la même opération : D'où la règle : saisie sur saisie ne vaut (611 c. Proc) Ils se contenteront sous une forme ou sous une autre de faire opposition entre les mains du premier saisissant. Et par là la procédure de saisie-exécution, dès

1. La jurisprudence admet d'ailleurs qu'il n'est pas besoin d'un titre exécutoire pour exercer les droits et actions de son débiteur (art. 1166) : Cass. 8 juillet 1901, S. 02.1.113 et la note de M. Lyon-Caen dans le même sens. Or j'ai montré que le jugement de main-vidange était un jugement de subrogation.

avant la vente, et en présence d'oppositions, prend un caractère collectif. Le premier saisissant agit pour tous. Il en est de même pour la vente qui, je l'ai dit, est obligatoire pour les objets mobiliers (autres que l'argent comptant). Il suffit qu'un seul créancier fasse faire la vente : Ce sera le premier saisissant, sauf, s'il tarde, le droit des autres de la faire à sa place (art. 612). Une fois la vente faite, s'il y a des oppositions antérieures ou s'il s'en produit avant que le saisissant ait touché de l'officier public le montant de sa créance, une procédure de distribution est indispensable, et les seuls actes qui interviennent de la part du saisissant sont des actes ayant pour objet de faire ouvrir la distribution, d'y produire, d'y contester d'autres productions, bref des actes qui font manifestement partie d'une procédure collective et qu'on ne peut présenter comme réalisant une attribution individuelle. De telle sorte que, l'attribution exclusive fût-elle concevable, on ne pourrait l'admettre faute d'un acte auquel la rattacher.

Au contraire, dans la saisie-arrêt, le premier saisissant n'établit pas de gardien : Le tiers saisi reste de plein droit gardien de la somme dûe ou de l'objet. Et puis au cas de saisie-arrêt de créances, le seul dont je m'occupe actuellement, on ne fait pas de vente, d'ordinaire, parce qu'une vente est inutile, l'objet saisi, si je puis dire, se réalisant de lui-même en argent. étant divisible par là même et ayant une valeur fixe qui rende les enchères inutiles. De telle sorte que, d'abord, les saisissants en deuxième ou en troisième, font exactement la même procédure que le premier, qui ne fait qu'une opposition entre les mains du tiers débiteur et qui, par conséquent, ne sera pas considéré

comme conduisant la procédure pour tout le monde ; de même, il n'a pas à faire vendre pour tous. Bien plus, alors même qu'il y a des opposants postérieurs, il faut qu'il continue sa procédure personnelle et obtienne un jugement de validité : il faut au moins un jugement de validité pour exiger le paiement de la part du tiers saisi. Faut-il que tous les saisissants obtiennent chacun leur jugement de validité ? Ce n'est pas indispensable, je crois, si l'on ouvre une procédure de distribution par contribution, pas plus qu'il n'en est besoin dans une distribution après saisie-exécution, car la discussion des créances y est admise aussi largement que possible de la part du saisi : Mais la poursuite d'un jugement de validité par chaque saisissant est concevable puisque le premier saisissant obtient le sien exclusivement pour son compte, et si l'on y trouve avantage, il est difficile de le refuser.

En tout cas le premier saisissant, alors même qu'il y a des opposants avant qu'il ait achevé sa procédure, opposants dont la présence l'obligera à faire ouvrir une distribution par contribution, poursuit comme s'il était seul les actes de la saisie, d'un caractère nettement individuel, puisque l'instance en validité n'envisage que les rapports entre lui et le saisi. Il n'est donc pas impossible, semble-t-il, de trouver un acte accompli par le saisissant ou en sa faveur auquel soit rattachée une attribution exclusive individuelle à son profit.

Cet acte, la jurisprudence l'a d'abord trouvé dans le jugement de validité. J'ai montré qu'il ne pouvait jouer ce rôle. Elle l'a bien senti elle-même puisque dans son dernier état elle exige une signification au tiers saisi, déclarant faire l'application des règles ordinaires du

transport des créances. Est-ce tout à fait exact? Je fais allusion à l'explication donnée par la plupart des auteurs Français du rôle des formalités de l'article 1690 : Partant de l'idée que l'accord des volontés suffit aujourd'hui pour opérer le transfert de propriété, ils voient dans ces formalités des mesures de publicité, qu'on a alors, avec raison, critiquées comme insuffisantes (1). Cette façon de voir n'est d'ailleurs pas unanime et M. Planiol considère qu'elles servent à saisir le cessionnaire de la créance, comme elles faisaient sous l'ancien droit (2); elles ont d'ailleurs leur utilité dans les rapports entre le cessionnaire et le cédé et il est fort probable que les auteurs du Code les ont conservées tout simplement parce qu'elles existaient. En tout cas lorsqu'il s'agit d'un transport non volontaire, la signification de la décision, devenue définitive, pourra être considérée comme une saisine, une prise de possession par le saisissant de la créance arrêtée : Saisine nécessaire, car il faut bien rattacher l'attribution individuelle à un acte quelconque et on ne peut la rattacher à aucun acte accompli avant que la procédure d'exécution, par ailleurs, soit parfaite : Or tant que le jugement de validité n'est pas passé en force de chose jugée, le tiers

1. Voir la note de M. Wahl, au *Sirey*, 1898.1.113, où l'on trouvera des détails sur la question. Il n'était d'ailleurs guère question que de la signification sous l'ancien droit. On la considérait aussi comme nécessaire pour que le titre fût exécutoire contre le cédé au profit du cessionnaire : Guy Coquille sur l'art. 1^{er} du titre des Exécutions, de la Cout. de Nivernois, Tronçon sur l'article 108 de la Cout. de Paris.

2. *Traité élément. de Droit civil*, II^e, n^o 1614 et suiv. La signification, en tout cas, n'a pas établie en vue de faire pendant à la tradition des choses corporelles. V. Brissaud : *Cours d'histoire du Droit Français*, p. 1436. Masuer, *Pratique*, 31.7.

saisi a le devoir de se considérer à l'égard du saisissant comme tenu seulement d'une obligation de conserver, et le saisissant ne peut utilement se gérer comme ayant obtenu attribution individuelle.

On se demandera si la signification peut être comme dans la cession volontaire, supplée par une acceptation du tiers débiteur par acte authentique (art. 1690), ou même, ce qui est d'ailleurs incertain pour la cession volontaire (1), par la connaissance qu'aurait eu le tiers de la cession autrement que par la signification. Mais le problème ne se pose même pas : On n'imagine pas un tiers saisi acceptant par acte authentique ou privé l'attribution exclusive, et je ne vois pas quelle influence pourrait avoir la connaissance par lui du jugement de validité passé en force de chose jugée. Si on peut songer à en tenir compte, c'est pour déclarer inopposable au cessionnaire un paiement fait à un autre cessionnaire ou au cédant : Mais le tiers saisi, s'il est prudent, ne paiera personne avant qu'un jugement définitif lui soit signifié ; et s'il paie auparavant malgré une opposition (2), ce n'est pas à son opinion qu'on s'en rapportera pour déterminer les droits respectifs des saisissants. Quant à la connaissance qu'auraient eue les autres créanciers du saisi, du jugement de validité, je ne conçois pas

1. Cass., 7 juillet 1897. S. 98.1.113 et la note de M. Wahl.

2. S'il a payé trop tôt, mais avant toute opposition, je ne crois pas que l'opposant postérieur au paiement puisse se plaindre : Il est venu trop tard faire arrêt ; il n'y avait plus rien. Il pourrait seulement le faire au nom du débiteur saisi, en vertu de l'article 1166. Mais le saisi ne peut se plaindre s'il était réellement débiteur du saisissant : Il ne lui a été fait aucun tort : Il a été libéré par le paiement et il ne lui suffit pas de dire qu'il aurait préféré voir le paiement divisé entre plusieurs créanciers.

qu'il puisse en résulter leur exclusion : Si la chose est concevable en présence d'une cession volontaire, c'est que celle-ci est déjà parfaite entre les parties par l'accord des volontés, et que le cessionnaire ou saisissant postérieur qui le sait, apparaît comme un homme de mauvaise foi et peu digne de faveur, alors même qu'il aurait pour lui la théorie du caractère rigide des règles sur la publicité (1); mais le saisissant qui prétend venir concourir avec un saisissant antérieur est plutôt favorable, d'après les idées courantes, et l'on ne peut fonder son exclusion sur la connaissance qu'il aurait eue du jugement de validité, alors que la question est justement de savoir si cette connaissance doit entraîner son exclusion.

Il ne reste donc que la signification, et, comme elle peut certainement constituer une saisine, que, comme je l'ai montré, l'attribution individuelle résulte normalement d'une prise de possession, je crois pouvoir affirmer que la jurisprudence a finalement attaché à cette signification l'attribution exclusive parce qu'elle constitue une prise de possession (2).

1. Wahl. S. 98.1.113, note, § 2.

2. Considérant ce privilège comme fondé sur une prise de gage, je ne crois pas néanmoins que l'assimilation du transport forcé au transport volontaire doive conduire à exiger, comme pour le nantissement volontaire des créances, une remise du titre au créancier, où la Cour de cassation voit la mise en possession exigée par l'article 2076 C. civ. (Cass., 20 janvier 1886. S. 86.1.305 et la note de M. Lyon-Caen). Il n'y a guère lieu de craindre ici une fraude et une complicité du débiteur. Ce serait d'ailleurs faire dépendre le droit de préférence de la volonté du saisi qui refuserait de livrer le titre, et une nouvelle poursuite serait nécessaire pour l'y contraindre. Quant à l'acte authentique ou enregistré (2074) le jugement de validité en tient parfaitement lieu.

Reste la grosse objection : Le privilège du premier saisissant, dit-on, existait sous l'ancien droit. Mais nos Codes, par leur silence, ont entendu le supprimer : C'est aller à leur encontre que de le rétablir sous une forme déguisée. Il s'agit bien, en effet, d'un privilège, et rien que d'un privilège, puisque le saisi n'est pas libéré. Mais il faut savoir dans quelles conditions a disparu le privilège ancien du premier saisissant.

Le droit de préférence qui, d'après des textes du XIII^e et du XIV^e siècles (1), résultait de la priorité des poursuites (on ne sait au juste de quel acte, demande en justice, jugement ou commandement d'exécuter émané du juge) ne fut attaché dans la suite qu'à l'exécution proprement dite, à la saisie. On concevrait assez mal sa persistance, en présence de la règle d'après laquelle il disparaissait en cas de déconfiture (2), ce qui

1. Beaumanoir, *Coutumes de Beauvoisis*, XXXIV, 52. *Ancien Coutumier de Picardie*, ed. Marnier, p. 91. Boutillier, *Somme rural*, I, 46 ; I, 102. Édition Charondas, 1603, p. 332 et 590 : « Cil qui premier se trait à loy, ou à qui le gage fut premier mis en main, ou à qui il fut premier obligé, celui a le plus de droit sur le gage. » V. A. Esmein, *Études sur les contrats dans le très ancien droit Français*, p. 226.

2. Coutumes Notoires jugées au Châtelet de Paris, n° 153, dans le *Commentaire sur la coutume de Paris* de Brodeau, II, p. 552 (ed. 1669). D'après ce texte, l'opposition des autres créanciers était possible jusqu'à « la perfection d'icelle exécution et les dits biens encore étant en main de justice », ce qui paraît bien vouloir dire, au cas où les biens sont vendus et attribués à un autre que le saisissant, jusqu'au paiement des deniers : C'est ce que disent expressément les coutumes du bailliage et duché de Clermont, art. 59 et 60, et plus récemment Henrys, *Œuvres*, question 38 du livre IV, au t. II de l'éd. 1771. Il y eut sans doute débat pour savoir lequel l'emporterait sur l'autre, le principe d'égalité ou le privilège du premier en poursuite : On voit Beaumanoir (XXXIV, 51) poser la règle de la contribution en cas d'insolvabilité, et au numéro suivant, dans un cas d'insolvabilité certaine, admettre le privilège du premier poursuivant.

lui enlevait la majeure partie de son intérêt, s'il n'avait pu s'asseoir sur la base normale d'une attribution exclusive, je veux dire une prise de possession. Il se trouvait en effet que, dans l'usage, les meubles faisant l'objet d'une saisie n'étaient pas comme aujourd'hui laissés sur place, mais, enlevés et confiés soit au créancier, soit à un tiers, soit à la garde du sergent; il était assez indiqué de voir là une prise de possession par le saisissant ou pour son compte, et c'est ce qui eut lieu, peut-être sous l'influence des textes romains sur le *pignus prætorium* ou *in causa judicati captum* (à laquelle on a attribué le recul jusqu'à la saisie de la naissance du droit de préférence) (1), qui exigeaient pour la perfection de ce gage une prise de possession matérielle (2), et auxquels se référaient nos anciens jurisconsultes. Un certain nombre de coutumes font dépendre expressément le privilège du premier saisissant de l'enlèvement et transport des meubles saisis, tellement que, s'ils ont été laissés sur place, un deuxième créancier qui les saisit et fait enlever est préféré au premier (3). Guy

1. A. Esmein, *op. cit.*, p. 226.

2. Loi *non est mirum*. D. 13.7.26. « Sciendum est enim, ubi jussu magistratus pignus constituitur non alias constitui nisi ventum fuerit in possessionem. »

3. Coutumes de Châtillon, art. 71 (dans Giraud, *Essai sur l'histoire du droit français au moyen âge*, II, p. 363) : « Se ung sergent de la Chancellerie ou du bailliage exécute aucun mandement à lui adrécieé pour faire payer aucun de debte à lui deue en congnoissance, il doit prendre gaiges de meubles, s'il en trouve tant qu'il souffise à la debte, et, les gages présens, il les doit mettre adnuitier hors de l'ostel sur qui il exécute ; car se autres exécuteurs de lui les trouvoit en l'ostel du debteur, il les pourroit prendre et oster ou prouffit de son exécution, sanz offense de la cause, et que le debteur en seroit trouvez sai-

Coquille, dans sa *Conférence des coutumes de France* (1) présente ceci comme une règle générale : « L'exécution sur choses mobilières désire enlèvement et transport. Et si le meuble n'est déplacé, la seconde exécution avec déplacement sera préférée à la première. » Sans doute, dans le ressort des coutumes muettes sur ce point, des jurisconsultes soutinrent que le privilège avait lieu sans déplacement, mais tel, comme Imbert, qui est dans ce cas, sent lui-même qu'un acte pouvant être interprété comme une prise de possession, fournit au privilège une base plus solide (2). Et l'on était amené presque forcé-

siz ; et s'ils en sont portez, meubles n'a point de suite par la coutume. » Coutumes de Nivernais, *des exécutions*, art. 14 ; de la comté de Bourgogne, art. 104 ; d'Orléans, art. 358 de l'ancienne coutume, 452 de la nouvelle ; de Montargis, *d'exécutions*, art. 12 ; du comté et bailliage de Dunois, art. 99 ; de Melun, art. 312.

1. Au titre *des exécutions*, ed. 1642, p. 444. Cf. sur l'article 14 de la Coutume de Nivernais.

2. *Pratique*, I, 59.9, ed. Guenois 1606, p. 382 : « Et par plus forte raison si les meubles verbalement saisis seulement (et non realement) en la maison du débiteur, ont été baillez en depost et garde de justice à quelqu'un des voisins qui s'en soit chargé sans déplacer les dits meubles. » Confier les meubles à la garde d'un voisin, c'est déjà les soustraire matériellement à la disposition du débiteur. On peut même dire que le sergent par le seul fait de la saisie, prend possession, et c'est ce que fait Imbert : rapprochant, comme la plupart des jurisconsultes, le privilège du premier saisissant de la règle : Meubles n'ont point de suite par hypothèque, il dit : « et est veu le créancier avoir le meuble entre ses mains quand il l'a fait saisir. » Mais c'est là une fiction, puisqu'il n'y a pas prise de possession véritable. Cf. pour les meubles non susceptibles d'être déplacés (fruits pendants, qui sont réputés meubles au point de vue de la saisie), Guy Coquille, sur l'article 14 de la coutume de Nivernois : « Il suffit de faire ce qu'on peut *in re ipsa*, et doit le sergent se transporter sur les lieux et pour marque de la saisie et main de justice, il doit y mettre un brandon ou autre enseigne apparente avec établissement de commissaire, ce qui a même effet comme en vrais meubles, le transport y étant censé et réputé à cause de la garde qu'on y met. »

ment à l'asseoir sur une prise de possession, car tous les jurisconsultes le justifiaient par la règle « meubles n'ont point de suite par hypothèque ».

Si bien que le Parlement de Paris, la coutume de Paris (art. 178 de la nouvelle coutume) instituant un privilège du premier saisissant, mais sans mention d'enlèvement, décida qu'un saisissant qui avait fait déplacer était préférable à un saisissant antérieur qui ne l'avait pas fait (1), et Brodeau, sur cet article de la coutume expose la théorie de façon fort précise : « En concurrence de deux saisies et exécutions faites à divers jours, celle du créancier qui a fait réellement déplacer, enlever et transporter les meubles du débiteur commun en la maison du gardien étranger, ou autre lieu, bien qu'il soit le dernier en exécution, est préférable au premier saisissant qui s'est contenté d'une simple saisie, sans transport et déplacement, ayant laissé les meubles en garde au débiteur saisi, lequel, quoiqu'il ait tenu les meubles pour transportés, il est vrai de dire que ce n'est qu'une dépossession feinte, imaginaire et civile et que la possession naturelle et actuelle est toujours demeurée par devers le débiteur, le déplacement et transport étant la vraie exécution, et une dépossession naturelle, et les saisies sans transport sont présumées feintes et simulées. » Bérault, sur l'article 593 de la coutume de Normandie s'exprime de même (2) et aussi Hen-

1. Arrêt du 19 janvier 1591, rapporté par Tronçon, sur l'article 172, rappelé par Laurière sur l'article 178; autres arrêts cités par Brodeau, sur Louet, lettre M, sommaire 10, n° 12, et Bérault sur l'article 593 de la coutume de Normandie.

2. « Et s'ils viennent saisir les meubles de leurs detteurs, il faut que la saisie soit actuelle par déplacement et transport de biens hors de la

rys (1). Mais déjà l'institution avait un caractère incertain et on imaginait pour la justifier, une interprétation nouvelle, présumant simulée la saisie sans déplacement, idée qu'on trouve déjà dans l'article 312 de la coutume de Melun, mais qui n'a pu naître qu'à une époque où la théorie du privilège fondé sur le déplacement était bien établie, si bien établie que le droit de préférence du premier saisissant paraissait à tous chose des plus naturelles, mais qu'en même temps le déplacement des meubles saisis commençait à sortir de l'usage. Fallait-il refuser le privilège en l'absence de transport ? Mais comment reprocher au saisissant de n'avoir pas employé une forme qu'on cessait d'employer ? Chose curieuse, c'est justement ce qu'on fit parfois au lieu de déclarer que le privilège supposait le transport. Et je vois là le signe de la décadence de l'institution. Le privilège du premier saisissant, admis par l'usage général, mentionné par diverses coutumes sans exigence de déplacement (2), rattaché sans difficulté à la signification de l'exploit de saisie-arrêt et qui devait encore à la fin du xvii^e siècle refouler dans certaines régions l'hypothèque des meubles (3), avait perdu le fondement sûr que lui donnait la prise de possession.

Il subsista sans que, sauf dans les coutumes qui exigeaient expressément le transport (3), on le rattachât

possession du débiteur. *Et ainsi fut aux sergents enjoint de faire par arrêts de Paris du 22 décembre 1564, sur peine de nullité et de tous intérêts et dépens. Et à l'exécution imaginaire sera préféré celui qui a valablement exécuté.* »

1. *Œuvres*, éd. 1771, t. II, livre IV, quest. 38.

2. Paris 178. Auvergne, ch. 24, art. 53.

3. Bretonnier sur Henrys, éd. 1771, t. II, liv. IV, quest. 38.

4. V. Pothier sur l'article 452 de la coutume d'Orléans.

désormais à celui-ci : le Maistre, à la fin du xvii^e siècle, après avoir rappelé la théorie du transport, ajoute : « Je trouve de la difficulté en cette décision, et je ne crois pas qu'elle soit indistinctement vraie, parce que l'usage n'étant pas d'enlever les meubles, mais d'admettre des gardiens qui sont obligés par corps à les représenter, il n'y a pas d'apparence d'ôter le privilège au premier saisissant, sous prétexte qu'il ne les a pas fait déplacer, à moins qu'il n'y ait lieu de présumer de la collusion entre lui et le débiteur pour n'avoir pas poursuivi la saisie (1). » Lange disait déjà bien auparavant : « La dépossession n'est pas nécessaire et la saisie postérieure où il y a enlèvement n'est pas préférée, nonobstant la disposition de plusieurs coutumes, d'autant que les gardiens ne doivent point être mis en possession s'ils ne le requièrent (2). » Il y eut, semble-t-il, une assez longue période d'incertitude, mais au xviii^e siècle ce dernier système l'emporta dans des pays où l'usage était jusque là contraire (3), et à Paris, où nous apprend Pigeau (4), bien des praticiens ne savaient même plus qu'on pouvait déplacer les meubles avant le moment de la vente. Bourjon ne parle du privilège du premier saisissant qu'à propos de la saisie-arrêt ; Pigeau ne fait que le mentionner à propos de la distribution par contribution (5).

1. Pierre Le Maistre. *Commentaire sur la coutume de Paris*, éd. 1741, p. 207.

2. *Pratique*, éd. 1710, p. 414.

3. En Bourbonnais Aurone des Pommiers, sur l'article 116 de la Coutume, n° 7.

4. *Proc. du Châtelet*, I, p. 627 (1787).

5. Pothier était bien obligé de parler du déplacement sur l'article 452 de la coutume d'Orléans qui le mentionne expressément. Il y rapporte

Voici comme Bourjon l'apprécie : « Lorsqu'il n'y a pas de créancier privilégié au nombre des saisissants, la diligence du premier saisissant fait en sa faveur une espèce de privilège ; mais ce privilège est bien limité. Il est fondé sur ce que la diligence du premier saisissant a empêché le débiteur de mettre la main sur les deniers saisis. Tel est le principe fondamental de l'article 178 de la coutume (1). » Ailleurs il dit : « Lorsque les deniers provenant de la vente ne sont pas suffisants et qu'il n'y a aucun privilégié, le prix se distribue entre tous les opposants par contribution, car la vente des meubles forme une preuve plus que suffisante de la déconfiture (2). » Comment s'étonner dans ces conditions, que les auteurs de nos Codes n'aient pas conservé ce privilège qui n'existait pour ainsi dire plus, dont les répertoires ne parlaient même pas ? Il suffisait de le passer sous silence, puisqu'en pratique il était presque mort. En même temps ils ont omis de répéter les textes relatifs à la déconfiture, devenus inutiles, puisqu'ils servaient à suspendre l'effet du privilège fondé sur la priorité dans les poursuites. C'est leur disparition, qui a permis, de reconstituer sur un terrain limité, un privilège fondé sur la priorité des poursuites, et un vrai privilège, valant à l'encontre d'une faillite, privilège qui n'apparaît pas, d'ailleurs, particulièrement choquant dans notre droit puisqu'il est bien admis que le débiteur en déconfiture peut favoriser tel de ses créanciers

la théorie de la saisie simulée. Dans sa Procédure, 4^e partie, Ch. 11 section II, il étend la présomption de collusion au saisissant qui n'a pas constitué de gardien (n° 475).

1. Éd., 1770, II, p. 673.

2. *Ibid.*, p. 683,

qu'il lui plaît, par un paiement ou la constitution d'une sûreté réelle.

Était-il vraiment nécessaire d'établir ce privilège ? Il semble que oui, pour faire produire à la saisie-arrêt tout son effet et en faire une voie d'exécution vraiment efficace. Si l'on veut admettre la saisie-arrêt sur des créances non échues, sur des salaires et traitements à venir, ce qui est aujourd'hui très pratique, il faut absolument, sous peine de laisser le créancier à la merci de son débiteur, lui assurer dès maintenant une attribution exclusive. Alors même qu'il s'agit de créances exigibles, l'attribution exclusive rapide, sans attendre l'achèvement d'une distribution, est rendue fort désirable en présence du système d'après lequel une cession, signifiée postérieurement à une saisie-arrêt, d'une part vaut opposition à l'égard de la saisie antérieure, et d'autre part, valant cession à l'égard des saisissants à elle postérieurs, renvoie tous ceux qui surviennent, jusqu'à la clôture de la distribution, à concourir avec le premier sur la part que lui a laissée le concours avec le cessionnaire. Plus simplement encore, en présence d'une espèce comme celle du premier arrêt de cassation, celui de 1822, où un nouveau saisissant prétendait venir concourir cinq ans après le jugement de validité, on peut dire qu'il est assez naturel, puisqu'une créance, c'est de l'argent, et alors même que l'insolvabilité du tiers débiteur ne serait pas supportée par le saisissant, hors une faute de sa part, d'assimiler l'attribution, reconnue justifiée, d'une créance en paiement, à une attribution en argent. Pratiquement enfin, il est peu désirable que le saisissant ait intérêt à exécuter immédiatement le tiers saisi qui n'est pas prêt à payer.

L'interprétation que j'ai donnée du système de la jurisprudence est en accord avec la pratique qui ne fait pas suivre d'une attribution exclusive le jugement de validité sur saisie-arrêt de meubles corporels (1) et de valeurs mobilières (2). Du moment qu'il y a vente, ce qui est nécessaire pour les premiers, et d'usage pour les secondes (3), il ne peut y avoir attribution que comme sur saisie-exécution. Entre les mains de l'officier public chargé de la vente, le prix vient prendre la place de l'objet vendu et il ne peut, en présence d'opposition, être procédé qu'à l'organisation d'une distribution, en l'absence d'opposition, qu'à une attribution par versement effectif ou par équivalent.

Cette longue recherche était nécessaire, car, à moins de trouver à la jurisprudence sur le transport forcé des créances arrêtées une base juridique suffisante par application des principes ordinaires qui régissent l'attribution exclusive, force eût été de voir dans le jugement de validité un jugement constitutif. Et pourtant

1. César Bru, *voies d'exécution*, 2^e éd., n° 185. Garsonnet, 3^e éd., IV, p. 530. Il en argumente pour combattre l'attribution exclusive des créances arrêtées.

2. Glasson et Tissier, II, p. 660. Ils critiquent cette pratique.

3. On pourrait concevoir pour celles dont le cours est coté, une attribution au créancier au cours d'un jour à déterminer. L'intérêt du débiteur à voir la chose portée à son prix normal serait ainsi pleinement sauvegardé. Mais, du moment qu'il y a vente, on entre dans la filière que j'ai décrite à propos de la saisie-exécution. Les questions d'attribution exclusive se décident par un examen très précis des possibilités actuelles d'attribution et il ne s'agit pas de se demander si l'attribution au créancier d'actions ou obligations appartenant au débiteur est concevable ou non de façon générale. Je donnerai donc les mêmes solutions pour la saisie des créances ordinaires à échéance éloignée quand le saisissant fait vendre pour être payé de suite.

je ne trouvais même pas ce rôle actif du juge dans la naissance du droit nouveau, sur lequel on se fondait, dans les hypothèses examinées aux précédents chapitres, pour attribuer au jugement un rôle créateur : Le juge de l'instance en validité n'a aucunement à s'occuper de la naissance d'un privilège au profit du demandeur. Je puis maintenant affirmer que le privilège ne naît pas, à proprement parler, du jugement de validité, bien que ce soit ce jugement qui a fourni l'occasion et le point de départ du système du transport. Il ne pouvait être question de ressusciter un privilège rattaché à l'exploit de saisie-arrêt, et un jugement formulant expressément un ordre de paiement constituait une base d'apparence suffisamment forte pour la nouvelle jurisprudence, qu'elle n'eût peut-être pas osé trouver dans une signification par le saisissant qui n'eût pas été appuyée sur un jugement.

A plus forte raison ne faudra-t-il pas voir un jugement constitutif dans l'ordonnance de l'article 567 nouveau du Code de procédure civile qui, sur la demande du saisi, l'autorise à toucher du tiers-saisi une partie de la créance arrêtée, à condition de verser à la Caisse des dépôts une somme suffisante, arbitrée par le juge, pour répondre des causes de la saisie. Le privilège qui appartient alors au saisissant sur la somme déposée a été institué uniquement dans l'intérêt du saisi. Il résultait de l'absence de droit de préférence rattaché à l'exploit de saisie, et aussi de l'efficacité reconnue aux cessions postérieures, tant comme oppositions que comme cessions, que le premier saisissant avait intérêt à ce que le saisi ne pût toucher, même partiellement, une créance supérieure au montant des causes de la saisie, et la juris-

prudence (1) n'avait pas osé passer outre au refus du saisissant d'accepter la cession offerte par le saisi d'une partie de la créance suffisante pour le couvrir, bien qu'une pareille cession volontaire, lui assurât attribution exclusive. La loi du 17 juillet 1907 vint le lui permettre. Mais le privilège qu'elle institue, établi uniquement dans l'intérêt du saisi, comme seul moyen de lui accorder mainlevée partielle sans risquer d'en faire souffrir le saisissant, n'apparaît pas du tout comme l'œuvre du juge des référés qui n'a d'autre rôle que d'évaluer la somme à consigner et de donner la formule de mainlevée. Du but dans lequel il a été établi, je conclus qu'il n'existera pas au cas où postérieurement à l'ordonnance de référé, mais avant la consignation, de nouvelles saisies-arrêts se seraient produites sur la créance (2), et l'on peut même se demander s'il n'en est pas de même lorsque des oppositions surviennent après la consignation, mais avant que le saisi ait rien touché du tiers saisi (3) : Solutions peu compatibles avec l'idée d'un privilège créé par l'ordonnance de référé.

Enfin, si l'on admet qu'une attribution exclusive puisse avoir lieu sur l'exercice par un créancier de l'action oblique contre un débiteur de son débiteur sans saisie-

1. V. au *Sirey*, 1898.2.73, les arrêts et la note de M. Tissier.

2. L'art. 567 dit d'ailleurs : « ... privilège exclusif de tout autre leur sera attribué sur le dit dépôt — A partir de l'exécution de l'ordonnance de référé, le tiers saisi sera déchargé et les effets de la saisie-arrêt transportés sur le tiers détenteur. »

3. Ce privilège, toutefois, supposant une individualisation des deniers et leur remise à un dépositaire en vue d'une attribution au saisissant, on pourrait peut-être voir dans ce déplacement, une fois opéré, une base suffisante pour asseoir le droit de préférence.

arrêt préalable (1), il faudra pour l'obtenir, mise en cause du débiteur, jugement rendu avec lui déclarant que le demandeur est son créancier et peut actuellement s'attribuer sa créance en paiement, enfin signification au tiers débiteur de ce jugement passé en force de chose jugée, exactement comme au cas de saisie-arrêt. Les mêmes raisons valent ici pour faire dépendre de ces conditions l'attribution exclusive.

1. J'y serais fort disposé, car le débiteur, dans la procédure indiquée au texte, est protégé aussi bien que dans la saisie-arrêt proprement dite, de telle façon que l'opération de l'arrêt et sa signification au saisi n'apparaissent plus que comme intervenant dans le seul intérêt du créancier, au profit de qui ils constituent une mesure conservatoire. Libre à lui de les omettre. Il serait bien formaliste de n'admettre que sous forme d'exploit de saisie la manifestation de la volonté du créancier de s'attribuer en paiement les biens de son débiteur. La jurisprudence n'a pas statué exactement sur la question, mais la Cour de cassation a décidé le 23 juin 1903 (S. 04.1.289) que sur une action en partage exercée par un créancier en vertu de l'article 1166 contre les cohéritiers du débiteur, les juges avaient pu ordonner que les titres de rente attribués au débiteur dans le partage en nature seraient vendus par un agent de change « pour le prix en être affecté jusqu'à concurrence au paiement de sa créance ». Ce qui semble montrer une disposition à admettre une appropriation sans saisie. Il faut toutefois songer que dans une certaine opinion l'exercice de l'action en partage par les créanciers, qui constitue une opposition à partage (Baudry L. et Wahl, *des Successions*, III³, n° 3214), produit même effet que la saisie-arrêt (*ibid.*, n°s 3233 et 3234, où les auteurs se prononcent en sens contraire).

CHAPITRE VI

Le jugement déclaratif de faillite ou de liquidation judiciaire

Ils n'est pas besoin de longs développements pour montrer que la fixation de l'ouverture de la faillite et du plein dessaisissement au jour du jugement déclaratif s'explique sans être rattachée à un caractère constitutif de ce jugement, qui serait créateur de l'état de faillite. Sans remonter à l'ancien droit, où il n'y avait pas de jugement déclaratif de faillite, il suffit de rappeler que le Code de commerce, dans sa teneur primitive, faisait commencer le dessaisissement au jour de la cessation des paiements (1), et si en 1838 on recula jusqu'au jugement déclaratif le début du plein dessaisissement, c'est pour des raisons toutes pratiques, en vue de la protection des tiers de bonne foi qui ont traité avec le débiteur (2). Incontestablement le choix de la date du jugement pour être celle de l'ouverture de la faillite a eu pour cause l'importance de cet acte, qui tranche de façon opposable à tous, sauf recours, la question de

1. Art. 441 et 442 anciens C. com.

2. Art. 443 nouveau. V. Lyon-Caen et Renault. VII³ n° 198 : La jurisprudence avait jugé impossible d'appliquer un système aussi rigoureux,

la cessation des paiements, et en outre constitue par lui-même une certaine publicité (1) : Mais on ne fait là qu'utiliser des propriétés qu'il a en commun avec tous les jugements.

La question n'avait pas à être discutée, en présence de textes fort clairs et d'une solution très satisfaisante, quelle que soit la façon dont on la justifie. Mais à un autre propos, et s'agissant de savoir par quoi un commerçant est constitué en état de faillite, on paraît admettre que le jugement déclaratif fait de lui nécessairement un failli. Je crois qu'il y a là une exagération de l'importance et du rôle du jugement, comme dans les différentes hypothèses que j'ai examinées au cours de cette étude, et c'est pourquoi j'en parlerai ici bien qu'on n'ait pas prononcé à ce propos le mot de jugement *constitutif*.

Il est arrivé qu'après avoir été déclaré en faillite et avant le vote ou le rejet d'un concordat, le commerçant trouve des ressources, fournies par sa famille ou par un tiers, lui permettant de désintéresser tous les créanciers, ou bien obtienne de ceux-ci de gré à gré des délais de paiement, ou des remises partielles, de telle sorte que la procédure de faillite se trouve sans poursuivants. Il ne reste plus, en présence de l'abstention des intéressés, et après vérification de l'absence d'autres

1. Le dessaisissement n'a pas lieu seulement après la publication du jugement. Lyon-Caen et Renault. VII, n° 124. On a pris un moyen parti en présence d'intérêts contraires, comme au cas d'interdiction judiciaire.

2. J'ai montré plus haut comment l'opposabilité à tous se justifiait par le recours ouvert à tous et l'appel au recours par la publication, de telle sorte qu'elle s'explique par les règles ordinaires de l'autorité de la chose jugée. V. p.

créanciers, qu'à clore la procédure, en tant que conduisant à un concordat ou à une vente des biens. Mais faut-il, après cette faillite en somme avortée, considérer le commerçant comme un failli au point de vue des déchéances qui résultent de la faillite ? C'est sur ce point que des discussions se sont élevées.

Les tribunaux, dans l'hypothèse indiquée de paiement total, remises ou délais amiables intervenus après déclaration de faillite et avant le vote sur le concordat, ont fréquemment rapporté le jugement déclaratif, alors même qu'il y avait bien eu, au moment de son prononcé, cessation des paiements, mais seulement quand l'affaire revenait sur opposition ou appel contre le jugement déclaratif. On ne sait exactement d'après les renseignements que donnent les recueils de jurisprudence, si le rapport a eu lieu délibérément en vue d'éviter au commerçant les déchéances qui frappent le failli, ou s'il ne faut pas voir là simplement une formule quelconque désignant un mode non prévu de clôture de la faillite : clôture pour manque de poursuivants : Il est assez naturel de rapporter ce jugement qui ne sert plus à rien, comme je vais le montrer, quant à son but essentiel et normal. Il faut, d'une façon ou d'une autre, déclarer le commerçant remis à la tête de ses affaires, sinon le jugement déclaratif risque de le gêner dans son action. Néanmoins il est certain que le gros intérêt pratique de la question concerne les déchéances. Seront-elles ou non encourues ?

La doctrine en général (1), critique vivement ces

1. Lyon Caen et Renault, VII, n° 156. Thaller et Percerou, des *Fail-
lites*, I, n° 382. Cpdt : Thaller, *Traité élément. de Dr. Com.*, 3^e éd.,
n° 1762.

décisions rapportant le jugement déclaratif, pour des motifs à la fois théoriques et pratiques. En théorie on affirme qu'un jugement bien rendu, comme, en l'espèce, le jugement déclaratif, s'il y a bien eu cessation des paiements, ne peut être rapporté sur opposition ou infirmé sur appel : Les arrêts en effet, du moins pour l'opposition (1) déclarent qu'elle remet tout en question, que l'affaire revient comme si elle n'avait jamais été jugée et que, par suite, la cessation des paiements n'existant plus, au moment de la deuxième décision, il n'y a plus lieu de déclarer la faillite. Il faut ajouter qu'on a attribué à la jurisprudence un système général d'après lequel l'opposition anéantirait le jugement par défaut (2), mais je n'ai pas trouvé appliqué dans les arrêts (3), de façon sûre, un pareil système, hors l'hypothèse présente, où il est très possible que ce ne soit qu'un prétexte, comme le fait soupçonner la solution identique donnée au cas d'appel (4), auquel personne n'accuse la jurisprudence d'attacher l'anéantissement du jugement de première instance. Enfin il n'est pas vrai que les deuxième juges ne doivent jamais tenir compte des changements de situation survenus depuis le premier jugement : Par exemple, on admet en général que l'exécution au cours de la deuxième instance peut empêcher la résolution du contrat synallagmatique prononcée (5). Il y a là une question complexe qu'on

1. Civ. Cass., 23 novembre 1881. S. 82.1.113.

2. Glasson et Tissier, I, § 597. Glasson, au *Dalloz*, 1890.1.70 ; 1902.2.67.

3. V. Ci-dessus, p. 87.

4. Caen, 24 avril 1895. S. 96.2.277.

5. Baudry et Barde, *Des obligations*, II² § 927. Planiol, II⁶, § 1319. *A fortiori*, l'exécution peut-elle alors avoir lieu après la demande. On

ne pourrait résoudre qu'à l'aide de distinctions. Je ne l'examinerai pas ici, car je crois pouvoir justifier le rapport du jugement déclaratif sans employer les voies d'opposition ou d'appel.

pourrait songer à voir là un jugement constitutif, sauf à discuter si c'est le jugement susceptible de recours ou seulement l'arrêt qui crée la situation nouvelle (ce qu'il aurait fallu déjà discuter à propos du jugement condamnant à une indemnité, si j'avais admis qu'il pût être considéré comme constitutif de droit ; on trouvera ci-dessus p. 84 et 171 les éléments de la solution). On n'a pas encore éclairci ; comment la résolution pour inexécution des contrats synallagmatiques a pris en France cette forme judiciaire, qu'on commence à critiquer, à la vue des législations germaniques. Mais cette nécessité d'un jugement, de laquelle on conclut à la possibilité d'exécution même au cours de l'instance (conclusion qui d'ailleurs ne me paraît pas nécessaire), ne peut elle-même être rattachée à un caractère constitutif de ce jugement, ce qui n'aurait pas de sens. En outre, s'il est une conséquence nécessaire du caractère créateur d'un jugement, c'est la postériorité par rapport à lui, de la situation nouvelle : Or il est bien admis que le contrat résolu est considéré, comme n'ayant jamais existé : ce qu'on appelle la rétroactivité de la résolution (Planiol, II, n° 1320, Aubry et Rau, IV^e, p. 85). D'où l'on doit conclure que, sauf naissance en leur personne d'un droit indépendant de celui de leur auteur, les tiers acquéreurs sont exposés à la revendication du vendeur. La Cour de cassation l'a jugé au cas de rescision pour lésion qui est tout à fait analogue (28 février 1911, D. 1912.1.169). Le jugement de résolution ne peut donc être qualifié de constitutif avec un sens appréciable. J'en dirai autant du jugement prononçant l'annulation d'un acte dit annulable, par opposition à ceux qui déclarent une nullité dite de plein droit. On peut *a priori* considérer l'acte qui n'est attaquant que par certaines personnes déterminées et par suite peut être confirmé, et contre qui l'action en nullité se prescrit par un délai relativement court, comme ayant une plus grande chance de subsister que l'acte contre lequel l'action en nullité appartient à tout intéressé et ne peut s'éteindre que par trente ans, ou même d'après certains auteurs, ne se prescrit pas, et par suite considérer la déclaration de nullité comme détruisant le premier qui avait une certaine vitalité et constatant seulement l'inexistence de l'autre qui n'en avait aucune. Mais du moment que la nullité est demandée et obtenue on ne voit pas de

Pratiquement, on a reproché à la jurisprudence de négliger les intérêts des créanciers éloignés ou non avérés, de rendre possibles les avantages particuliers, si les créanciers accordent des remises ou délais chacun à part et sans se concerter. Mais on voit dans les arrêts que le rapport n'est pas prononcé sans examen de la façon dont les créanciers ont été satisfaits et sans recherche des créanciers existants (1). Il faut bien en finir sans attendre indéfiniment des créanciers problématiques, et la situation, d'ailleurs, est la même, qu'il s'agisse de simple clôture ou de rapport. D'ailleurs, je le répète, le rapport n'est pas toujours accordé (2).

Jusqu'à présent la jurisprudence n'a pas admis le rapport après l'expiration des délais de recours ordinaires (3). Elle a profité seulement de l'examen à nouveau, et au fond, de la même question par les mêmes juges ou par des juges supérieurs, pour changer la

raison (et personne n'y songe, semble-t-il) de faire opérer différemment les deux espèces de nullités, de donner à la première un effet moins vigoureux qu'à la deuxième ; et même, les nullités protectrices des incapables paraissent devoir agir avec une particulière force. Aussi, pour conserver l'idée que certaines nullités n'avaient pas lieu de plein droit, a-t-on dû, une fois prononcées, les considérer comme rétroactives (Planiol, II, n° 1277).

1. Douai, 19 mai 1886. P. 86.1.1224. Orléans, 17 février 1841. P. 41. 1.359. Agen, 2 juillet 1900. S. 02.1.159. Montpellier, 5 janvier 1911. *Journal des Faillites*, 1911, p. 169.

2. Cass., 28 novembre 1827, P. chr. Paris, 21 juin 1849. P. 49.2.364. Agen, 31 août 1858. P. 59, 73. Bordeaux, 10 mai 1859. P. 59, 800. Ce sont, il est vrai, des arrêts un peu anciens et le premier se présente comme un arrêt de principe, cassant un arrêt de rapport en déclarant qu'il opère une réhabilitation déguisée et que la faillite est d'intérêt public. Mais les deux derniers constatent en fait le caractère peu favorable de la demande en rapport,

3. Cass., 6 février 1889, S. 92.1.3.71.

décision. En ceci elle paraît donc, comme la doctrine, considérer l'état de faillite comme résultant nécessairement du jugement déclaratif, irrévocablement quand il est passé en force de chose jugée. C'est, à mon avis, attribuer à ce jugement une importance qu'il n'a pas.

La faillite est aujourd'hui essentiellement une procédure d'exécution collective : c'est dans cet esprit qu'on s'est efforcé de perfectionner l'institution et qu'on la fait fonctionner dans la pratique. Comme, à ce point de vue, il y a gros intérêt à ouvrir la faillite le plus rapidement possible quand un commerçant se trouve au-dessous de ses affaires, on a dû s'attacher pour la déclarer, à un signe extérieur, chez nous la cessation des paiements, qui peut fort bien ne pas correspondre à une insolvabilité réelle et ne pas déceler une situation désespérée : il faut agir vite, et, d'ailleurs, pour examiner les choses à fond il faut une mainmise sur les papiers du débiteur ; enfin, comme une saisie, la faillite opère d'abord comme mesure conservatoire. Toujours dans le même esprit, on voit des tribunaux de commerce déclarer la faillite sur un seul protêt. Déjà l'on éprouve quelque malaise à rattacher des déchéances, conséquences définitives de la faillite à la seule cessation des paiements, signe extérieur et de valeur un peu incertaine.

Le jugement déclaratif ouvre la poursuite collective : Il a été institué précisément à cause du caractère collectif et général de l'exécution, afin de fournir une date bien déterminée à l'entrée en vigueur des mesures conservatoires (dessaisissement), et, en instituant un débat ouvert à tous les intéressés, de régler tout de suite et de façon opposable à tous, la question de la légalité de

l'ouverture de la poursuite collective. Mais puisque son seul objet est de constater l'existence des conditions légales de cette ouverture, de la cessation des paiements, il n'est qu'un élément de la poursuite et il ne vit que de la vie de celle-ci : La poursuite disparaissant faute de poursuivants, il doit disparaître avec elle.

Lorsqu'une procédure de saisie est abandonnée par les saisissants, que ceux-ci sont désintéressés ou ont accordé des délais, on ne peut soutenir que la mainlevée doive être refusée et que l'indisponibilité subsiste, pendant trente ans dans la saisie-exécution. Sans doute, dans cette saisie générale et collective qu'est la faillite, il faut songer aux créanciers absents : Mais, comme je l'ai dit, on ne peut maintenir indéfiniment le dessaisissement en vue de créanciers problématiques. Or la mainlevée fait disparaître tous les effets de la saisie dans l'avenir comme dans le passé, et je ne vois pas comment l'existence d'un jugement, qui n'a d'autre rôle que de vérifier les conditions d'ouverture de la saisie, pourrait empêcher la mainlevée, si par ailleurs elle est possible. Si donc la faillite, ce que je ne crois pas discutable, est essentiellement une saisie collective, la mainlevée en doit être prononcée nécessairement, si les poursuivants viennent à manquer, et après vérification qu'il n'y en a pas d'autres (1) : Et il n'est nullement besoin

1. On critique un arrêt qui, après rapport du jugement déclaratif, sur concordat amiable consenti par tous les créanciers, a, sur faillite ouverte pour inexécution des clauses du concordat, fixé la cessation des paiements à la date du concordat et non pas seulement à celle de son inexécution : Thaller et Percerou, I, n° 383 bis. Lyon-Caen et Renault, VII, p. 141, n. 2. Cass., 28 juillet 1863 D.63.1.351. Mais les objections tombent si le rapport n'a pas, comme le disent ces auteurs, fait disparaître l'état de cessation des paiements, mais seulement consisté à donner mainlevée de la faillite.

que le jugement déclaratif soit encore susceptible d'appel ou d'opposition. Seulement, dans l'état actuel, cette mainlevée doit prendre la forme d'un rapport du jugement déclaratif, car c'est à lui qu'on rattache en pratique les effets de la faillite, ce qui n'a pas d'inconvénients quand elle est poursuivie jusqu'au bout.

Je devrais donc, à l'inverse de ce qu'on fait d'ordinaire, reprocher à la jurisprudence, d'une part de n'admettre le rapport que sur opposition ou appel, et d'autre part de ne pas l'accorder toujours quand les poursuivants viennent à manquer. Mais peut-être le système que j'ai exposé, exact en ce qui concerne la poursuite en exécution et l'indisponibilité qui en résulte, n'est-il pas au point de vue des déchéances, plus satisfaisant que l'autre. Invinciblement, lorsqu'il s'agit de peines, on est porté à s'inspirer de considérations de mérite et de démérite, et le débiteur qui a satisfait ses créanciers peut avoir mérité les déchéances qui frappent les faillis.

Peu importe d'ailleurs ici. J'ai seulement voulu montrer que, frappé par le rôle considérable que joue le jugement déclaratif dans la pratique, puisque c'est lui qui ouvre cette procédure générale d'exécution, on l'a considéré comme constituant nécessairement et irrévocablement l'état de faillite. Je crois au contraire qu'établi et construit uniquement comme un élément de la procédure d'exécution, il disparaît avec la mainlevée qui est donnée de cette exécution et ne peut plus produire aucune sorte d'effets.

CHAPITRE DERNIER

Ce que les jugements apportent de nouveau.

Tout le long de cette étude j'ai rencontré des hypothèses où, cherchant la cause génératrice d'un changement de situation juridique, soit pour justifier ce changement, soit pour en préciser la date, on a cru la trouver dans le jugement qui intervient pour décider de la légalité et parfois, dans une certaine mesure, de l'opportunité de ce changement. J'en pourrais citer encore d'autres exemples (1) et toutes les fois qu'en pré-

1. Ainsi, à propos de l'exclusion d'une succession pour indignité, on se demande si les tiers qui ont acquis des biens héréditaires de l'indigne avant la déclaration judiciaire d'indignité, seront obligés de les restituer sur revendication de l'héritier qui vient à la place de l'indigne : Les uns ont dit : non, affirmant que l'indignité ne résulte que du jugement qui la prononce (Aubry et Rau, VI⁴, p. 287 et 292) ; les autres : oui, déclarant que l'indignité existe sans jugement (Baudry et Wahl, des successions I³, p. 208 et 227). Mais par là on ne résoud pas la question, car, en présence de l'art. 729, qui oblige l'indigne à restituer tous fruits et revenus dont il a eu la jouissance, du jour de l'ouverture de la succession, il est impossible de dire que l'indignité ne date que du jugement, cet article, qui a précisément pour effet de la faire remonter à une époque antérieure au jugement, ne pouvant être interprété *a priori* comme fondé sur une fiction de rétroactivité ; on ne peut d'ailleurs pas dire utilement que l'article 729 établit une rétroactivité qui, devant s'interpréter restrictivement, ne concerne que l'indigne et non les tiers, car ces tiers, ayants cause de l'indigne, ne peuvent

sence d'une contestation un jugement est nécessaire pour obtenir l'accomplissement d'une mesure de fait, ou dirait avec à peu près autant de vraisemblance que le droit à l'obtention de ce changement dans la situation de fait est né du jugement, ou, plus brièvement, que le jugement a créé la situation nouvelle : C'est bien lui qui confère au droit son efficacité pratique sans laquelle il n'a pas de raison d'être.

D'ailleurs en droit aussi le jugement apporte quelque chose de nouveau. D'abord, pour les véritables jugements, l'autorité de chose jugée, qu'on regarde comme un effet caractéristique des jugements, les distinguant des autres décisions rendues par des juges. Elle constitue une nouveauté importante, en rendant le droit indiscutable. Et l'on a pu dire, songeant au cas où la reconnaissance judiciaire du droit repose sur une erreur de fait ou de droit et où le jugement donne véritablement naissance au droit, pour donner une définition susceptible d'embrasser tous les jugements, que les jugements étaient *constitutifs de droit*. Mais on ne doit pas, à mon avis, fonder une définition sur

opposer les droits qu'ils tiennent de celui-ci à des gens à qui ceux de l'indigne sont inopposables. Inversement, dire que l'indignité existe sans jugement ne tranche pas la discussion, car il est possible qu'il naisse en la personne de l'acquéreur un droit propre et nouveau, indépendant de celui de son auteur, analogue à celui de l'acquéreur qui tient d'un héritier apparent. C'est là qu'on trouvera une solution satisfaisante. — Voir encore, en matière d'accidents du travail, pour savoir si la rente viagère remplace l'indemnité journalière à partir de la consolidation de la blessure, ou seulement du jugement, qui constate la consolidation et accorde la rente viagère : Cass., 24 février 1902. S. 03.1.89, qui affirme que le jugement est déclaratif. M. Wahl, en note, mais comme argument très subsidiaire, y voit un jugement constitutif, comme créant une situation nouvelle.

une hypothèse de caractère anormal, comme est celle du jugement mal rendu.

Le jugement apporte encore au droit la force exécutoire, qu'il n'avait pas le plus souvent, et sans distinguer entre les jugements proprement dit et les autres décisions de justice ; l'hypothèque judiciaire, attachée aux jugements de condamnation donne au droit judiciairement reconnu une garantie de réalisation pratique ; le jugement opère même une sorte de rajeunissement du droit, puisque la prescription contre celui-ci doit recommencer en entier à partir de la date du jugement.

Les décisions mêmes qui n'ont pas l'autorité de chose jugée proprement dite, c'est-à-dire une autorité définitive ou au moins susceptible de le devenir par l'expiration des délais de recours, ont une certaine autorité et créent, au profit de celui qui les obtient, une situation juridique tantôt de caractère délibérément provisoire, comme la décision réglant la garde des enfants pendant l'instance en divorce, tantôt provisoire en ce sens qu'elle n'est pas opposable à tous. Un jugement doué de l'autorité de chose jugée, celle-ci étant relative, n'a à l'égard de ceux à qui elle n'est pas opposable, que la valeur d'une de ces décisions dont on dit qu'elles n'ont pas autorité de chose jugée : telle l'autorisation de saisir arrêter sans titre (1). Et même, lorsqu'ensuite

1. Peut être ne faut-il pas dire : certaines décisions de justice n'ont pas l'autorité de chose jugée, mais plutôt : les décisions de justice ont une autorité différente suivant les circonstances et le but dans lesquels elles sont rendues. Quand leur objet est délibérément provisoire et quand elles ont lieu après un examen rapide, parce qu'il faut agir vite, elles ne peuvent avoir la même autorité que quand elles sont mûrement réfléchies et visent à régler la situation définitivement. Mais

il s'agit de juger au fond et définitivement, bien qu'en droit il faille décider, sans tenir compte de la première décision, en fait celle-ci forme, dans une mesure variable, un préjugé en faveur de celui qui l'a obtenue. Il ne se présente pas les mains vides, mais avec une sorte de commencement de preuve.

Les décisions de justice apportent ainsi bien des choses nouvelles et, lorsqu'elles sont rendues, non seulement la situation de fait va pouvoir être changée, mais la situation de droit n'est pas exactement la même. Elles sont donc à certains points de vue créatrices de droits. Mais de là à dire qu'avant toute décision constatant qu'une prescription légale trouve son application dans l'espèce, et en dehors de toute manifestation de volonté la réalisant dans un acte juridique (contrat, testament, etc.) cette prescription légale et impuissante à produire des effets juridiques, il y a loin. Sans doute elle peut n'avoir pas d'effet pratique actuel, faute par celui qui prétend l'invoquer de pouvoir présenter un titre faisant preuve ou présomption — car on ne peut le croire sur parole. Mais ce n'est pas une raison, une fois reconnu qu'elle était applicable et aurait dû être observée, pour ne pas régler les intérêts des parties comme ils auraient dû l'être en observant la règle

actuellement, et dans leur domaine, elle ont une autorité équivalente à celle des jugements définitifs c'est-à-dire une autorité entière fondant l'exécution forcée. Les jugements définitifs n'ont même pas à l'égard des tiers qui sont admis à les méconnaître, cette autorité provisoire, bien qu'ils ne soient pas dans cette hypothèse, entièrement sans importance (voir au texte). Mais ceci montre que l'autorité de la chose jugée ne doit pas être présentée comme quelque chose d'aussi spécial qu'on le fait d'ordinaire. Elle est l'autorité du jugement, différente suivant les circonstances.

légale. Faire autrement, ce serait dire que la règle a pu être impunément omise ou violée jusqu'au jour où cette omission ou violation a été judiciairement constatée : Il faudrait en conclure par exemple que le possesseur de mauvaise foi gardera les fruits par lui perçus avant la revendication et que les arrérages de la pension accordée à la victime d'un accident ou d'un méfait ne pourra lui être allouée pour la période antérieure au jugement. Ce serait restreindre notablement l'autorité de la prescription légale : elle s'imposerait aux juges, mais non aux particuliers : ce qui est inadmissible. Elle est une règle pour les uns comme pour les autres.

Enfin, dans des hypothèques très variées, des décisions ayant ou non autorité de chose jugée (dont certaines l'ont en réalité, bien que pouvant être suivies d'une décision en sens opposé, car celle-ci n'intervient qu'après un changement dans la situation de fait, de sorte que la question à juger n'est plus la même) (1) prescrivent ou autorisent des mesures à prendre ou des actes à accomplir ou l'établissement d'une situation de fait. Parfois la décision est prise presque sans aucune connaissance de la cause au fond, comme l'envoi en possession d'un successeur irrégulier ou d'un légataire universel institué par testament olographe ou mystique ; parfois au contraire elle est abandonnée entièrement à l'arbitrage du juge qui décide par des

1. Ainsi la décision réglant le mode de prestation d'une pension alimentaire, ou la garde des enfants après divorce. La même idée explique comment une demande en divorce, séparation ou interdiction peut être admise après le rejet d'une première demande ; et aussi, comment l'interdiction une fois prononcée, il peut en être donné mainlevée. Et, certes, tous ces jugements font autorité.

raisons d'opportunité : ainsi lorsqu'il ordonne la détention d'un mineur dans une maison de correction dans le cas de l'article 377 du Code civil ou décide qui gardera les enfants pendant l'instance en divorce ou après divorce prononcé. Entre ces deux extrêmes, on pourrait citer une foule de décisions ayant un objet provisoire ou définitif et dont l'autorité est également tantôt provisoire tantôt définitive. En voici quelques-unes : ordre au conservateur des hypothèques de rayer une inscription ; ordre de détruire des bâtiments élevés contrairement à une servitude, règlement de l'usage des eaux, règlement du mode de prestation d'une pension alimentaire, octroi d'un délai de grâce, autorisation d'une résidence séparée pour la femme pendant l'instance en divorce, etc.

On se demandera peut-être si les décisions de ce genre ou certaines d'entre elles ne sont pas constitutives de droit, comme servant de base légale à l'établissement d'une situation nouvelle et à la réalisation ou à l'existence d'une mesure de fait. Mais la question de date, intérêt de cette recherche, ne se pose pas pour elles : L'ordre d'accomplir un acte ou d'établir une situation de fait précède naturellement la mesure à prendre, autrement il serait inutile ; il en est de même, le plus souvent, de l'autorisation de faire quelque chose ; toutefois les autorisations viennent parfois en dernier lieu, après tous les autres actes nécessaires à la création de la situation nouvelle, (on les appelle alors d'ordinaire des homologations), mais c'est seulement lorsqu'il s'agit uniquement d'un changement dans la situation de droit (1) et non d'un changement dans les

1. Ainsi pour l'adoption. J'ajouterai que, s'agissant de matières de

faits : Dans ce dernier cas la mesure exécutée avant l'autorisation n'est pas couverte par celle-ci et n'a qu'une valeur de fait, au moins jusqu'à l'autorisation.

Il n'y a donc pas lieu de tenter d'établir entre les jugements une distinction extrêmement difficile, consistant à séparer des autres certains d'entre eux comme créant des droits à la façon des actes juridiques accomplis par les particuliers. On peut bien dire que le rôle du juge est plus considérable (surtout, d'ailleurs, en théorie) lorsqu'il admet une prétention fondée sur une prescription légale de caractère général et abstrait, que lorsque cette prétention s'appuie sur un acte juridique qui a déjà précisé les conditions d'application au cas concret de cette prescription légale ; et surtout quand la décision est laissée par la loi à l'arbitraire du juge : alors on peut dire vraiment que c'est lui qui donne forme au droit qu'il consacre. Mais pourquoi faire un pareil classement — et dans bien des cas il y aura lieu d'hésiter sur l'importance à attribuer au rôle du juge — en dehors de tout intérêt pratique ? Il résulte en effet, je crois, des études particulières que j'ai faites des cas les plus importants qui se sont présentés en France, que l'idée de jugement constitutif n'est qu'un expédient pour résoudre des problèmes difficiles sans rechercher les véritables raisons de décider, — ou bien une simple étiquette recouvrant des solutions sur lesquelles on s'est mis d'accord par ailleurs et pour d'autres raisons (comme le recul jusqu'après le jugement de la dissolution du lien du mariage et de la cessation de l'incapacité de la femme).

droit, il est possible, en cas de besoin, de faire remonter plus haut dans le passé le point de départ de la situation nouvelle.

Quant à l'étendue du pouvoir du juge et de son rôle, il y a bien lieu de se demander si, dans tel ou tel cas, il lui appartient, en l'absence de texte qui lui en donne le pouvoir, d'ordonner une mesure ou de prononcer une condamnation destinée à assurer le respect et la réalisation du droit qu'il déclare : j'ai déjà mentionné la discussion qui s'est élevée sur le pouvoir des juges de créer des sûretés pour garantir le paiement des pensions alimentaires ; on a discuté de même sur les condamnations à tant par jour de retard en cas d'inexécution de l'obligation reconnue par jugement ; enfin il faut en rapprocher le privilège du premier saisissant, si l'on y voit une création du jugement de validité. Mais dans toutes ces hypothèses la seule question qui se pose est une question de légalité, car la création du droit n'a lieu que pour l'avenir. Et qualifier ces jugements de jugements *constitutifs* ne sert à rien pour résoudre la question de légalité : ce n'est pas parce qu'il s'agit seulement de l'avenir que le juge peut s'attribuer des pouvoirs nouveaux.

Vu : le Président de la thèse,

BARTIN

Vu le Doyen,

CAUWÈS

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris

L. LIARD

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.	5

PREMIÈRE PARTIE

La question de l'autorité de la chose jugée.

CHAPITRE PREMIER. — Les jugements qui créent une situation nouvelle ont-ils autorité de chose jugée à l'égard de tous?	9
CHAPITRE II. — Certains jugements ont-ils autorité de chose jugée à l'étranger sans avoir été déclarés exécutoires?	36

DEUXIÈME PARTIE

La question de date

CHAPITRE PREMIER. — Les effets de la demande en justice.	62
I. — L'interruption de la prescription.	67
II. — Les fruits et les intérêts	90
A. — Les fruits	90
B. — Les intérêts moratoires de sommes d'argent.	95

CHAPITRE II. — Les effets de la demande dans les procès relatifs à un changement d'État ou de capacité	105
I. — Les séparations	105
II. — Les interdictions.	127
CHAPITRE III. — Les jugements condamnant à payer une indemnité en réparation du dommage causé par un fait	140
CHAPITRE IV. — Le jugement prononçant la compensation.	158
CHAPITRE V. — Le jugement de validité de saisie-arrêt.	185
CHAPITRE VI. — Le jugement déclaratif de faillite ou de liquidation judiciaire.	229
CHAPITRE DERNIER. — Ce que les jugements apportent de nouveau	238

